DIE BEURTEILUNG VON UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSEN NACH ART. 86 EWG-VERTRAG IM LICHTE DER AMERIKANISCHEN RECHTSPRECHUNG

Joachim Michael

1969

DIE BEURTEILUNG VON UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSEN NACH ART. 86 EWG-VERTRAG IM LICHTE DER AMERIKANISCHEN RECHTSPRECHUNG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Joachim Michael (M.C.J.)

aus Stuttgart

1970

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Otto Bachof
1. Berichterstatter: Professor Dr. Ernst Steindorff
2. Berichterstatter: Professor Dr. Ludwig Raiser

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Dezember 1969

VORWORT

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. E. Steindorff, der mich zu dem Thema der vorliegenden Untersuchung anregte, möchte ich für die freundliche Unterstützung und stete Förderung der Arbeit herzlichen Dank sagen. Außerdem bin ich dem Deutschen Akademischen Austauschdienst zu Dank verpflichtet, der einen im Rahmen dieser Arbeit erfolgten Studienaufenthalt in den U. S. A. möglich machte. Schließlich möchte ich an dieser Stelle auch meinen Lehrern am Institute of Comparative Law an der New York University für die freundliche Aufnahme und die wertvollen Anregungen danken.

Stuttgart, April 1970

Joachim Michael

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543901_0035

GLIEDERUNG

Seite

TEIL 1: Problemstellung 1

§ 1 Grundlagen 1
§ 2 Die Behandlung der Unternehmenszusammenschlüsse im Wettbewerbsrecht der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft 9
§ 3 Die Behandlung der Unternehmenszusammenschlüsse im Wettbewerbsrecht der Europäischen Verträge 13
§ 4 Aufgabenstellung 16

TEIL 2: Die Behandlung von Unternehmenszusammenschlüssen im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten 18

§ 1 Instrumentarium und Konzeption des amerikanischen Antitrustrechts 18

I. Das Instrumentarium des amerikanischen Antitrustrechts 18
1. Die Antitrustgesetze 18
2. Die Verfolgungsbehörden 20
II. Die Konzeption des amerikanischen Antitrustrechts 23

§ 2 Überblick über die Kasuistik der amerikanischen Obergerichte, insbesondere des Supreme Court 26

I. Die Entwicklung unter dem Sherman Act bis 1950 26
1. Northern Securities Co. v. United States: Beginn einer neuen Ära 27
2. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States: Das Grundsatzurteil für die Auslegung des Sherman Act 29
3. Die weiteren "railway merger"-Fälle 32
a) United States v. Union Pacific Railroad Co. 32
b) United States v. Reading Co. 32
c) United States v. Southern Pacific Co. 33
4. United States v. United States Steel Corp.: Zurück zu einer restriktiven Interpretation des Sherman Act 34
5. United States v. International Harvester Co.: Bestätigung der sog. abuse theory 36
6. United States v. Corn Products Refining Co. 39
7. United States v. Aluminum Co. of America: Die sog. structure theory 41

8. Bestätigung der Alcoa-Entscheidung durch den Supreme Court . 46
9. United States v. United Shoe Machinery Corp.: Präzisierung der Alcoa-Doktrin 47
10. United States v. E.J. DuPont de Nemours & Co.: Erneute Aufweichung des Rechts durch Einführung eines neuen Marktabgrenzungstests 53
11. United States v. Columbia Steel Co.: Auslösung einer Aktivierung des Clayton Act 57
II. Die Entwicklung unter dem Sherman Act nach 1950 65
1. United States v. First National Bank and Trust Co. of Lexington: Aktualisierung der alten "railway merger"-Fälle und des Columbia Steel-Falls 65
2. United States v. Grinnell Corp.: Zurück zu einer engen Definition des relevanten Marktes 68
III. Zusammenfassung 72
IV. Die Entwicklung unter Sec. 7 Clayton Act 87
A. Die Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse 88
1. Brown Shoe Co. v. United States: Der Grundfall für die neuere Entwicklung unter Sec. 7 Clayton Act 88
2. United States v. Philadelphia National Bank: Entwicklung der sog. rule of presumptive illegality 93
3. United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa-Rome), United States v. Continental Can Co.: Fortentwicklung der sog. rule of presumptive illegality 99
4. United States v. Von's Grocery Co., United States v. Pabst Brewing Co.: Horizontale Zusammenschlüsse per se illegal? 103
B. Die Beurteilung vertikaler Zusammenschlüsse 110
1. United States v. E.J. DuPont de Nemours & Co.: Entwicklung des sog. substantial foreclosure test 111
2. Brown Shoe Co. v. United States: Schon ein Trend zur vertikalen Integration ist ausreichend 114
C. Die Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse 120
1. United States v. El Paso Natural Gas Co.: Die sog. "market extension mergers" 123
2. Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.: Die sog. "product extension mergers" 127

3. Federal Trade Commission v. Consolidated Foods Co.: Die sog. "reciprocity"-Fälle 135
4. United States v. Penn-Olin Chemical Co.: Die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen 139
D. Zusammenfassung 143
E. Kritik und Ausblick 159

TEIL 3: Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWGV 166

Vorbemerkung 166

§ 1 Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 86 EWGV im allgemeinen 167

I. Die Abgrenzung des relevanten Markts 167
1. Die sachliche Abgrenzung 168
2. Die räumliche Abgrenzung 171
3. Die zeitliche Abgrenzung 172
II. Die Bestimmung der beherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen 172
1. Die beherrschende Stellung als Fehlen wesentlichen Wettbewerbs 172
2. Die beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen 180
a) Die beherrschende Stellung eines Unternehmens 180
b) Die beherrschende Stellung mehrerer Unternehmen 182
III. Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung 186
IV. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels 194
V. Rechtsfolgen 194

§ 2 Die Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse 196

I. Stellungnahme und Vorschläge 196
1. Generelle Unanwendbarkeit von Art. 86 EWGV bzw. begrenzte Anwendbarkeit im Rahmen der in Art. 86 vorgesehenen Verhaltenskontrolle 198
a) Generelle Unanwendbarkeit 198
b) Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV unter dem Gesichtspunkt des Konzentrationszwangs 199

c) Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV unter dem Gesichtspunkt der mißbrauchsgezielten Konzentration 201

d) Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV unter dem Gesichtspunkt des Rechtsformenmißbrauchs 202

2. Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV i.S. einer Marktstrukturkontrolle 203

3. Vorschläge zur Einführung einer Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse 208

II. Die Beurteilung der Stellungnahmen und Vorschläge im Lichte der amerikanischen Rechtsprechung 210

1. Die Auslegung von Art. 86 EWGV i.S. einer reinen Verhaltenskontrolle 210

2. Die Auslegung von Art. 86 EWGV i.S. einer Marktstrukturkontrolle 214

III. Zusammenfassung und Ausblick 229

LITERATURVERZEICHNIS

1. Zum europäischen Recht:

Andreae	Einfluß der Liberalisierung und Markterweiterung durch den EWG-Vertrag auf die Unternehmensstruktur in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1967, S. 27 ff.
Arndt	Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 20 I-III, 1960
Axster	Das marktbeherrschende Unternehmen im Gemeinsamen Markt, AG 1960, S. 5 ff.
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, 1960
Beckmann	Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, 1968
Bernini	Länderbericht für Italien auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10. bis 13.10. 1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs
Bibliographie	Konzentration und Konzentrationspolitik 1960-1966, bearbeitet von Huffschmid-Michaelis-Plan mit einer Einführung v. H. Arndt, 1967
Biedenkopf	Ordnungspolitische Probleme der Konzentration in: Die Aussprache 1968, S. 112 ff.
Blaise	Le statut juridique des ententes economiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes, 1964
Bollack	Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Recht in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, 1966, S. 223 ff.
Borchardt-Fikentscher	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957
v. Caemmerer	Europäische Aktiengesellschaft in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festschrift f. H. Kronstein, 1967, S. 171 ff.

Chevallier	Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law, C.M.L.R. 1964, S. 21 ff.
Collin	Länderbericht für Frankreich auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10. bis 13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs
Dabin	Länderbericht für Belgien auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10. bis 13.10. 1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs
van Damme	De machtpositie in de gemeenschappelijke Markt, S.E.W., 1965, 334 ff.
van Damme	La mise en oeuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome in: Cah. dr. europ. 1966, 35 ff., 279 ff., 402 ff., 602 ff.; 1967, 49 ff.
Deringer	Das Wettbewerbsrecht der EWG, Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst DVOen und Richtlinien, WuW, ab 1963
Deringer	Kooperation und Konzentration im Spannungsfeld von Wettbewerbs- und Gesellschaftsrecht in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 85 ff.
Dürrhammer	Konzentration und Wettbewerb in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 231 ff.
Ellis	Enkele aantekeningen bij Art. 86 van het EEG-Verdrag in: S.E.W. 1965, S. 317 ff.
Eucken	Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Auflage, 1950
Eucken	Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, 1955
Everling	Die Koordinierung in der Wirtschaftspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als Rechtsproblem, 1964
Fikentscher	Unternehmenskonzentration und Meldepflicht, in: Festschrift f. H.C. Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 159 ff.

Fikentscher	Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift f. F. Böhm, 1965, S. 261 ff.
Fikentscher	Unternehmenskonzentration und Meldepflicht nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags, DB 1966, 689 ff.
Franceschelli-Plaisant-Lassier	Droit européen de la concurrence, Art. 85 à 89 du Traité de CEE, 1966
Gabriel	Mißbrauch wirtschaftlicher Macht: Kriterien, Verfahren, Maßnahmen, WuW 1968, 581 ff.
Galbraith	Die moderne Industriegesellschaft, 1968
von Gamm	Das Kartellrecht im EWG-Bereich, 1961
Garcin-Hepp-Möhring-Serick	Handels- und Wirtschaftsrecht der Länder des Gemeinsamen Marktes EWG, 1963
Garcin	Kooperationsmöglichkeiten nach nationalem und EWG-Recht: Eine Europäische Kooperationsfibel in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 35 ff.
Gleiss-Hirsch	EWG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Auflage, 1965
Griesbach	Konzentration und funktionsfähiger Wettbewerb, Die Aussprache 1968, 120 ff.
v. d. Grinten	Concentraties in de gemeenschappelijke Markt, S.E.W. 1966, 409 ff.
v. d. Groben-v. Boeckh	Kommentar zum EWG-Vertrag, 1958
v. d. Groeben	Die Wettbewerbspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, Rede vor dem Europäischen Parlament in Straßburg vom 16. 6. 1965
v. d. Groeben	Steuerhürden auf dem Wege zum Gemeinsamen Markt, Europäische Gemeinschaft 1969, Nr. 3, S. 3 ff.
Günther	Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1960
Günther	Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages, WuW 1963, 191 ff.

Günther	Europäische und nationale Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift f. F. Böhm, 1965, S. 279 ff.
Günther	Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im EWG-Vertrag, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1967, S. 111 ff.
Guide de la Législation sur les Pratiques Commerciales Restrictives, ab 1964	
Gunzert	Konzentration, Markt und Marktbeherrschung, 1961
Harms	Conglomerate mergers im Antitrustrecht, WuW 1966, 865 ff.
Hefermehl	Beurteilung von Fusionen und Konzernbildung nach Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages, in: Festschrift f. H.C. Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 771 ff.
Hefermehl	Generalbericht auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10. bis 13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs
Hellwig	Das Wettbewerbsrecht bei der Fusion der drei Verträge, in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1967, S. 211 ff.
Henrichs	Sec. 7 Clayton Act und die sog. "joint ventures", WuW 1966, 29
Henrichs	Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Lichte der neuen Rechtsprechung zum Antitrustrecht, WuW 1967, 255
Hermanns	Zusammenschlüsse, Erwerbungen und gemeinschaftliche Handlungen nach den Bestimmungen des Antitrustrechts in den USA, WRP 1966, 49 ff.
Hermanns	Die antitrustrechtliche Beurteilung der Konzentration aufgrund der Section 7 Clayton Act, in: Unternehmenskonzentration in der westlichen Welt, 1967, S. 68 ff.
Hoppmann	Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Festschrift f. T. Wessels, 1967, S. 145 ff.

Hoppmann	Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, Ordo XVIII, 1967, S. 77 ff.
Hoppmann	Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, 1968, S. 9 ff.
Houssiaux	Concurrence et Marché Commun, 1960
de Jong	Concentration in the Common Market, 4 C. M. L. Rev. 1966 - 67, 166 ff.
Kantzenbach	Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966
Kartte	Zur Auslegung von § 1 GWB, Kartelle-Zusammenschlüsse-Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1963, 565 ff.
Kartte	Kooperation in der Marktwirtschaft, BB 1969, 53 ff.
Kaufer	Nochmals: Von der Preistheorie zur Wettbewerbstheorie, Ordo XVIII, 1967, S. 95 ff.
Kaufer	Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, ZHR 1967, 301 ff.
Kaufer	Die Ökonomie von Forschung und Entwicklung, in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 399 ff.
Kauffmann	Kooperation und Konzentration unter steuerlichen Gesichtspunkten, in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 85 ff.
Kleemann	Die Wettbewerbsregeln der EWG, 1962
Langen	Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art. 86 des EWG-Vertrages, 1959
Lenel	Ursachen der Konzentration, 2. Auflage, 1968
Lenel	Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik, in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 489 ff.
Lutz	Bemerkungen zum Monopolproblem, Ordo VIII 1956, S. 30 ff.
Machlup	Oligopol und Freiheit, Ordo XVIII, 1967, S. 35 ff.

Marbach	Die Wirtschaftskonzentration, 1964
Marchal	Die wirtschaftliche Notwendigkeit innergemeinschaftlicher Fusionen und Konzentrationen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. 1968, S. 25 ff.
Markert	Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen und Gemeinschaftsunternehmen als Kartelle in den USA, AWD 1964, 186 f.
Markert	Gemeinschaftsunternehmen und Antitrustrecht, AWD 1964, 241 ff.
Markert	Konzentrationsverbot des § 7 Clayton Act auch auf "diagonale" Zusammenschlüsse anwendbar, AWD, 1965, 251
Markert	Die Fusionsrechtsprechung des Obersten Gerichtshofes der USA im Gerichtsjahr 1965/66, WuW 1966, 855
Markert	Neue amerikanische Urteile zur Zulässigkeit konglomerater Zusammenschlüsse, AWD 1966, 425 und AWD 1967, 461
Markert	Die Richtlinien des amerikanischen Justizministeriums für die Behandlung von Unternehmenszusammenschlüssen ("Merger Guidelines"), AWD 1968, 377 ff.
Markert	Mitteilung in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. 1968, S. 254 ff.
Del Marmol	La protection contre les abus de puissance économique en droit belge, 1960
Mertens	Konzentration - ein Rezept für den europäischen Markt? in: Die Aussprache 1968, S. 10 ff.
Mestmäcker	Das marktbeherrschende Unternehmen, 1959
Mestmäcker	Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWGV in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift f. W. Hallstein, 1965, S. 322 ff.
Mestmäcker	Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe f. H. Kronstein, 1967, S. 129 ff.

Meyer-Cording	Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsproblem, 1954
Meyer-Cording	Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 461
Miksch	Wettbewerb als Aufgabe, 2. Auflage, 1947
Müller-Henneberg-Schwartz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), 2. Auflage, 1963
Müller-Henneberg-Schwartz	Nachtragsband zur 2. Auflage, 1965
v. Ommeslaghe	Die Anwendung der Art. 85 und 86 des Rom-Vertrages auf Fusionen, Gesellschaftszusammenschlüsse und Gemeinschaftsunternehmen in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1966, S. 41 ff.
Quadri-Monaco-Trabucchi	Commentario CEE, Trattato Istituvivo della Comunità Economica Europea, 1965
Raisch	Zum Begriff des Mißbrauchs i.S. von § 22 GWB in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 357 ff.
Rittner	Konzentrationsbegriff und Unvermeidbarkeitsdogma in wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: Festschrift f. H.C. Nipperdey Bd. II, 1965, S. 531 ff.
Rittner	Länderbericht für Deutschland auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10. bis 13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs
Rowedder	Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, 1966, S. 247 ff.
Samkalden-Druker	Legal Problems Relating to Art. 86 of the Rome Treaty, C.M.L. Rev. 1965 - 1966, S. 158 ff.
Sandrock	Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968
Sarninghausen	Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Versuch einer Begriffsanalyse, Diss. 1961

Scherer	Marktstruktur, know - how für das Marketing und technologische Lücke, Ordo XIX 1968,. S. 159 ff.
Schlegel	Technischer Fortschritt und weiteres Oligopol, Schmollers Jahrbuch 1967, S. 49 ff.
Schlieder	Hindernisse aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen, in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. 1968, S. 215 ff.
Schmidt	Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 1965, S. 452 ff.
Schmidt	Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, 699 ff.
Schmidt	Zum Nachweis des Mißbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1967, 635 ff. und 777 ff.
Schumacher	Länderbericht für Luxemburg auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10. bis 13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs
Schwenk	Der Marktbegriff, WuW 1960, 3 ff.
Servan-Schreiber	Die amerikanische Herausforderung, 1968
Silcher	Unternehmensgröße und Wettbewerb im Lichte der Integration, in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 17 ff.
Sölter	Kooperation und Konzentration als unternehmerische Aufgabe in der EWG, in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, 1966, S. 43 ff.
Steindorff	Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959
Steindorff	Hindernisse aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen, in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. 1968, S. 186 ff.

Stigler	Die Wandlung des Oligopolproblems, Ordo XVIII, 1967, S. 65 ff.
v. Tirpitz	Die Entwicklung der amerikanischen Antitrustpolitik, AWD 1963, 339 ff.; 1964, 387 f.; 1965, 396 ff.; 1967, 5 ff. und 315 ff.; 1968, 270 ff.
Verloren van Themaat	Länderbericht für die Niederlande auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10. bis 13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs
Willemetz	L'application de l'article 86 du Traité de la C.E.E. in: Cah. dr. europ. 1966, S. 583 ff.
Wohlfahrt-Everling-Glaesner-Sprung	Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum EWG-Vertrag, 1960
Würdinger	Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung, WuW 1961, 745 ff.
Würdinger	Verbundene Unternehmen und GWB, WuW 1967, 83 ff.
Zijlstra	Wirtschaftspolitik und Wettbewerbsproblematik in der EWG und ihren Mitgliedstaaten, Studien, Reihe Wettbewerb, Nr. 2, 1966
Zohlnhöfer	Wettbewerbspolitik im Oligopl, Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, 1968

Studien, Memoranden und Bekanntmachungen:

Kommission der Europäischen Gemeinschaft:

Merkblatt zu Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags und ihren Durchführungsverordnungen, 8062/2/IX/1962/5

Memorandum für das Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die zweite Stufe vom 24.10.1962

Memorandum zum Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt vom 1.12.1965 in: Studien, Reihe Wettbewerb, Nr. 3, 1966

Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen vom 23. 7. 1968, PP/500/68 und WuW 1968, 647 ff.

Bundeskartellamt

Tätigkeitsbericht für das Jahr 1965, BT-Drucks. V/530 v. 21.4.1966

Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950 v. 12.7.1967

Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2841 v. 11.4.1968

Tätigkeitsbericht für das Jahr 1968, BT-Drucks. V/4236 v. 23.5.1969

Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft

Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, BT-Drucks. IV/2320 v. 29.2.1964 nebst Anlagenband

Studie der Union des Industries de la Communauté Européenne, Certains aspects des disparites dans les dimensions des plus grandes entreprises de la C.E.E., comparees avec leurs principaux concurrents des pays tiers vom 26.2.1965

Untersuchung der Prognos AG über Unternehmensgröße und internationale Wettbewerbsfähigkeit, 1968

2. Zum amerikanischen Recht:

Adelman	Effective Competition and the Antitrust Laws, 61 Harv. L. Rev. 1289 (1947/48)
Adelman	Integration and Antitrust Policy, 63 Harv. L. Rev. 27 (1949/50)
Adelman	Corporate Integration, in: How to Comply with the Antitrust Laws, 1954, S. 290
Backman	Joint Ventures and the Antitrust Laws, 40 N. Y. U. L. Rev. 651 (1965)
Bain	Industrial Organization, 1959
Bain	Barriers to New Competition, 1966
Blackford	Vertical Acquisition and Section 7 of the Clayton Act, 17 W. Res. L. Rev. 102 (1965)
Blake-Jones	The Goals of Antitrust: A Dialoque on Policy, 65 Col. L. Rev. 363 (1965)
Blair	The Conglomerate Merger in Economics and Law, 46 Geo. L. J. 672 (1958)
Bock	Mergers and Markets: A Guide to Economic Analysis of Case Law, 1964
Bock	Mergers and Markets: An Economics Analysis of the First Fifteen Years under the Merger Act of 1950, 1966
Bodner	Vertical Mergers Under Section 7, 22 ABA Antitrust Section 106 (1963)
Bok	Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics, 74 Harv. L. Rev. 226 (1960)
Bork	Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception, 22 U. Chi. L. Rev. 157 (1954)
Bork & Bowman	The Crisis in Antitrust, Fortune, Dec. 1963, S. 138
O'Brien	Potential Competition Under Sherman Act Cases, 12 ABA Antitrust Section 105 (1958)

Brodley	Oligopoly Power under the Sherman and the Clayton Acts - From Economic Theory to Legal Policy, 19 Stan. L. Rev. 285 (1967)
Caves	American Industry: Structure, Conduct, Performance, 1964
Chaffetz	What's left of mergers? 23 Bus. Law 599 (1968)
Chamberlin	Theory of Monopolistic Competition, 1933
Clark	Towards a Concept of Workable Competition, 30 Am. Econ. Rev. 241 (1940)
Clark	Competition as a Dynamic Process, 1961
McClintock	On Equity, Hornbook Series, 1948
Cox	Competition and Section 2 of the Sherman Act, 27 ABA Antitrust Section 72 (1965)
Davidow	Conglomerate Concentration and Section Seven: The Limitation of the Antimerger Act, 68 Col. L. Rev. 1231 (1968)
Day	Conglomerate Mergers and "the Curse of Bigness", 42 N.C.L. Rev. 511 (1964)
Dixon	Merger Policy and the Prevention of the Competitive System, 30 ABA Antitrust Section 86 (1966)
Edwards	Maintaining Competition, 1949
Edwards	Conglomerate Bigness as a Source of Power, in: Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 331 ff.
Edwards	The Changing Dimensions of Business Power in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe f. H. Kronstein, 1967, S. 237 ff.
Elman	Rulemaking Procedures in the FTC's Enforcement of the Merger Law, 78 Harv. L. Rev. 385 (1964)
Elman	The Need for Certainty and Predictability in the Application of the Merger Law, 40 N.Y.U.L. Rev. 613 (1965)

Elman	Clorox and Conglomerate Mergers, 36 ABA Antitrust L.J. 23 (1967)
Galbraith	American Capitalism, The Concept of Countervailing Power, 1952
Galbraith	The New Industrial State, 1967
Günther	The significance of the concept "to take improper advantage of a dominant position" in: Antitrust Developments in the European Common Market, Hearings before the Subcommittee an Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, US Senate, 1963, S. 81 ff.
Hale	Joint Ventures: Collaborative Subsidiaries and the Antitrust Laws, 42 Va.L. Rev. 927 (1956)
Hale and Hale	Market Power: Size and Shape under the Sherman Act, 1958
Hale and Hale	Reciprocity Under the Antitrust Laws: A Comment, 113 U. Pa. L. Rev. 69 (1964)
Hammond	The Philadelphia National Bank Doctrine - A Verification, 36 ABA Antitrust L. J. 13 (1967)
Handler	Industrial Mergers and the Antitrust Laws, 32 Col. L. Rev. 179 (1932)
Handler	Antitrust in Perspective, 1957
Handler	Emerging Antitrust Issues: Reciprocity, Diversification, and Joint Ventures, 49 Va. L. Rev. 433 (1963)
Handler	Some Misadventures in Antitrust Policymaking, 76 Yale L. J. 92 (1966/67)
Handler and Robinson	A Decade of Administration of the Celler-Kefauver Antimerger Act, 61 Col. L. Rev. 629 (1961)
Hausman	Reciprocal Dealing and the Antitrust Laws, 77 Harv. L. Rev. 873 (1964)
Heflebower	Corporate Mergers: Policy and Economic Analysis, 77 Q. J. Econ. 537 (1963)

Hrusoff	Conglomerate Mergers, Joint Ventures, Market Extensions and Section 7 of the Clayton Act, 69 Dick. L. Rev. 113 (1965)
Johnston and Stevens	Monopoly or Monopolization - A Reply to Prof. Rostow, 44 Ill. L. Rev. 269 (1949)
Kaplan	Big Enterprise in a Competitive System, 1954
Kaysen	United States v. United Shoe Machinery Corp., 1956
Kaysen-Turner	Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis, 1959
Kessler & Stern	Competition, Contract, Vertical Integration, 69 Yale L. J. 1 (1959)
Levi	The Antitrust Laws and Monopoly, 14 U. Chi. L. Rev. 153 (1947)
Levi	Some Thoughts on "Antitrust Policy" and the Antitrust Community, 45 Minn. L. Rev. 963 (1961)
Lilienthal	Big Business: A New Era, 1953
Machlup	The Economics of Sellers' Competition, 1966
Mailänder	Mergers and Acquisitions in the Common Market, 1 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 19 (1968)
Mansfield	Industrial Research and Development Expenditures: Determinants, Prospects, and Relation to Size of Firm and Incentive Output, 72 J. of Political Economics 334 (1964)
Markham	Survey of the Evidence and Findings on Mergers, in: Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 141 ff.
Markham	Merger Policy Under the New Section 7: A Six-Year Appraisal, 43 Va.L. Rev. 488 (1957)
Markham	The Effectiveness of Clayton Act Section 7, in: Perspectives on Antitrust Policy, 1965, S. 164 ff.
Markham	Current Decisions in Antitrust, 12 Antitrust Bull. 851 (1967)

Martin	Mergers and the Clayton Act, 1959
Mason	The Current Status of the Monopoly Problem in the United States, 62 Harv. L. Rev. 1265 (1949)
Mason	Market Power and Business Conduct: Some Comments, 46-2 Am. Econ. Rev. 471 (1956)
Mason	Economic Concentration and the Monopoly Problem, 1957
Mueller	The New Antitrust: A "Structural" Approach, 12 Vill. L. Rev. 764 (1967)
Mueller	Merger Policy in the Dairy Industry, 12 Antitrust Bull. 73 (1967)
Narver	Conglomerate Mergers and Market Competition, 1967
Nelson	Merger Movements in American Industry 1895 - 1956, 1959
Pitofsky	Trade Regulation - 1964, 20. Bus. Law. 657 (1965)
Rahl	Applicability of the Clayton Act to Potential Competition, 12 ABA Section of Antitrust 128 (1958)
Rahl	Anti-Merger Law in Search of a Policy, 11 Antitrust Bull. 325 (1966)
Reycraft	Bank Merger Compliance with the Antitrust Laws, 12 Antitrust Bull. 445 (1967)
Rostow	The New Sherman Act: A Positive Instrument of Progress, 14 U. Chi. L. Rev. 567 (1947)
Rostow	Monopoly under the Sherman Act: Power or Purpose? 43 Ill. L. Rev. 745 (1949)
Robinson	Economics of Imperfect Competition, 1933
Schumpeter	Capitalism, Socialism and Democracy, 1942
Schwartz	Monopoly, Monopolizing and Concentration of Market Power: a Proposal, in: Perspectives on Antitrust Policy, 1965, S. 117 ff.
Scitovsky	Economic Theory and the Measurement of Concentration, in: Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 101 ff.

Shepard	On Appraising Evidence about Market Power, 12 Antitrust Bull. 65 (1967)
Sichel	The Procter & Gamble - Clorox Decision and the Economics of Conglomerate Mergers, 12 Antitrust Bull. 1081 (1967)
Singer	Antitrust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models, 1968
Stigler	Mergers and Preventive Antitrust Policy, 104 U. Pa. L. Rev. 176 (1955)
Stocking	Workable Competition and Antitrust Policy, 1961
Stocking and Mueller	Business Reciprocity and the Size of Firms, 30 J. Buss. 73 (1957)
Thorelli	The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition, 1954
Turner	Antitrust Policy and the Cellophane Case, 17 Harv. L. Rev. 281 (1956)
Turner	The Agreement under the Sherman Act, 75 Harv. L. Rev. 655 (1962)
Turner	Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act, 78 Harv. L. Rev. 1313 (1965)
Turner	Symposium - "Antitrust Report from Official Washington", 30 ABA Antitrust Section 100 (1966)
Turner	The Merits of Antimerger Policy - A Reply to Prof. Galbraith, 19 Case W. Res. L. Rev. 201 (1968)
Upshaw	The Relevant Market in Merger Decisions: Antitrust Concept or Antitrust Device, 60 Nw. U. L. Rev. 424 (1965)
Weston	The Role of Mergers in the Growth of Large Firms, 1961
Zimmermann	Views from the Antitrust Division, Speech before the Antitrust Section of the ABA, Philadelphia, August 7, 1968

Notes and Comments:

The Columbia Steel Case; New Light on Old Antitrust Problems, 58 Yale L.J. 764 (1949)

"Substantially to Lessen Competition ...": Current Problems of Horizontal Mergers, 68 Yale L.J. 1627 (1959)

Product Market Definition under the Sherman and the Clayton Acts, 110 U. Pa.L. Rev. 861 (1962)

Merger Litigation Under the Sherman Act - Choice or Echo, 18 Sw. L.J. 712 (1964)

U.S. v. First National Bank and Trust Co. of Lexington-Mergers Under Section 1 of the Sherman Act, 60 Nw. U.L. Rev. 738 (1965)

Section 2 of the Sherman Act - Is a Per Se Test Feasible? 50 Iowa L. Rev. 1196 (1965)

The ABC's of Clayton 7: Amendment of 1950; Brown Shoe; the Court and Current Complexities, 10 Vill. L. Rev. 734 (1965)

Clayton Sec. 7: Critical Appraisal of the Supreme Courts Antitrust - Anti-Bigness Complex in Merger Litigation since the Brown Shoe Case, 11 Wayne L. Rev. 739 (1965)

The Backward Sweep Theory and the Oligopoly Problem, 32 ABA Antitrust Section 306 (1966)

"Relevant Market" under the Sherman and Clayton Acts as Affected by Recent Decisions of the Supreme Court, 1966 U. Ill. L.F. 1094

Product Extension Merger in Violation of Section 7 of the Clayton Act, 21 Vand. L. Rev. 146 (1967)

Antitrust - Post Acquisition Evidence and Conglomerate Mergers, 46 N.C.L. Rev. 366 (1968)

Official Documents:

United States Senate	Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, United States Senate, Part 1-5, ab 1964
Department of Justice	Merger Guidelines, Release May 30, 1968
Federal Trade Commission	Report on Corporate Mergers and Acquisitions, 1955
	Enforcement Policy with Respect to Mergers in the Food Distribution Industries, News Release, Jan. 17, 1967
	Enforcement Policy with Respect to Vertical Mergers in the Cement Industry, News Release Jan. 17, 1967
	Enforcement Policy with Respect to Product Extension Mergers in Grocery Products Manufacturing, News Release May 15, 1968
	Federal Trade Commission Announces In-Depth Investigation of Conglomerate Merger Movement, News Release July 9, 1968

Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, March 31, 1955

ABKÜRZUNGEN
(soweit in Deutschland nicht gebräuchlich)

A.B.A. Antitrust Section	American Bar Association Antitrust Section
A.B.A. Antitrust L.J.	American Bar Association Antitrust Law Journal
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Antitrust Bull.	Antitrust Bulletin
Att. Gen. Rep.	Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, 1955
Bus. Law.	Business Lawyer
Cah. dr. europ.	Cahiers de droit européen
cert. den.	certiorari denied
Cir.	Court of Appeals (federal)
Col. L. Rev.	Columbia Law Review
Congr.	Congress
C.M.L. Rev.	Common Market Law Review
D.C.	District Court
D.C.S.D.	District Court, Southern District
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
Fed.	Federal Reporter
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
F. Supp.	Federal Supplement
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
L. Ed.	Lawyers' Edition
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
N.C.L. Rev.	North Carolina Law Review

N.D.	Northern District
Nw. U.L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
Q.J.Econ.	Quarterly Journal of Economics
Rec.	Record
rev'd.	reversed
R.M.C.	Revue du Marché Commun
S.Ct.	Supreme Court Reports
Sec.	Section
Sess.	Session
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statutes
Sw.L.J.	Southwestern Law Review
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.Ill.L.F.	University of Illinois Law Forum
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
U.S.C.A.	United States Code Annotated
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
Vand. L.Rev.	Vanderbilt Law Review
Vill. L.Rev.	Villanova Law Review
Wayne L.Rev.	Wayne Law Review
W.Res.L.Rev.	Western Reserve Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal

TEIL 1:
PROBLEMSTELLUNG

§ 1 GRUNDLAGEN

I. Eine Rechtsordnung, wie sie der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25.3.1957 [1] vorsieht, die, wie es in der Präambel dieses Vertrages heißt, "einen redlichen Wettbewerb" gewährleisten soll und die sich, wie aus Art. 3 lit.f des Vertrags hervorgeht, "die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinen Marktes vor Verfälschungen schützt", zur Aufgabe gemacht hat, kann auf die Dauer nicht an den Problemen vorbeigehen, die die Unternehmenskonzentration für eben dieses Wettbewerbssystem aufwirft. Dabei soll gleich an dieser Stelle ein mögliches Mißverständnis ausgeräumt werden. Die Entscheidung für den Wettbewerb als das maßgebliche Lenkungsinstrument des Wirtschaftsablaufs in der Gemeinschaft [2] ist keineswegs mit einer wettbewerbspolitischen Orientierung am Modell der vollkommenen Konkurrenz, des sog. atomistischen Wettbewerbs [3], gleichzusetzen. Vielmehr ist auch als Leitbild der europäischen Wettbewerbsordnung das dynamische, der Realität des Wirtschaftslebens sehr viel mehr angepaßte Konzept des wirksamen oder funktionsfähigen Wettbewerbs anzusehen, ein Konzept, das der Notwendigkeit großer leistungsfähiger Wettbewerbseinheiten Rechnung trägt. [4]

---

1) BGBl. II, S. 753 ff.

2) So wörtlich die Kommission in ihrem Memorandum für das Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die zweite Stufe v. 24.10.1962, Nr. 23; vgl. ferner Günther, Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrags, WuW 1963, 191, 194; Everling, Die Koordinierung in der Wirtschaftspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als Rechtsproblem, 1964, S. 14 ff.; Zijlstra, Wirtschaftspolitik und Wettbewerbsproblematik in der EWG und ihren Mitgliedstaaten in: Studien, Reihe Wettbewerb, Nr. 2 1966, S. 48 ff.

3) Vgl. Eucken, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Auflage, 1950, S.96; abschwächend bereits Lutz, Bemerkungen zum Monopolproblem, Ordo VIII (1956), S. 30/31 und 34.

4) Vgl. dazu v.d. Groeben, Die Wettbewerbspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, Rede vor dem Europäischen Parlament in Straßburg am 16.6.1965; Günther, Europäische und nationale Wettbewerbspolitik in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für F. Böhm, 1965, S. 279 ff., 283; Zijlstra, aaO, S. 52 ff. sowie das Memorandum der Kommission der Europäischen Gemeinschaft zum Problem der

Daher kann es bei einer mit dem Problem der Unternehmenskonzentration befaßten europäischen Wettbewerbspolitik nicht darum gehen, im Interesse der Erhaltung einer Vielzahl kleiner Unternehmen möglichst jeden Unternehmenszusammenschluß zu unterbinden. Um einen funktionsfähigen Wettbewerb zu ermöglichen, bedarf es zunächst einmal leistungsfähiger Wirtschaftseinheiten. Da dies wiederum eine gewisse Mindestgröße der Unternehmen voraussetzt, kann gegen Unternehmenszusammenschlüsse, die nur dazu dienen, in den Bereich optimaler Größenordnungen zu gelangen, nichts eingewendet werden. [5] Zu-

---

Fortsetzung der Fußn. 4) von S. 1:

Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt v. 1.12.1965 in: Studien, Reihe Wettbewerb, Nr. 3 1966, S. 22 Nr. 4, im folgenden "Memorandum" genannt. Zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs selbst vgl. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966 und Schmidt, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, 699 ff. einerseits und Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Festschrift f. T. Wessels, 1967, S. 145 ff. andererseits. Über die Unterschiede der beiden Auffassungen vgl. Griesbach, Konzentration und funktionsfähiger Wettbewerb, Die Aussprache 1968, 120 ff., 123. Für weitere Angaben zur Entwicklung dieses Konzepts in der amerikanischen wirtschaftswissenschaftlichen Literatur vgl. Clark, Competition as a Dynamic Process, 1961 und unten S. 77 Anm. 251.

5) Sehr häufig kann man in diesem Zusammenhang lesen, daß Unternehmenszusammenschlüsse dazu beitragen, optimale Betriebsgrößen zu schaffen. Dies ist in dieser Allgemeinheit aber nicht richtig. Man erreicht eine optimale Betriebsgröße nicht dadurch, daß man zwei oder mehrere zu kleine Betriebe zusammenlegt, sondern dadurch, daß man einen neuen Betrieb optimaler Größe errichtet, also neue Kapazitäten schafft; dies geschieht aber nicht durch externes, sondern durch internes Wachstum. Externes Unternehmenswachstum kann den internen Wachstumsprozeß bestenfalls dadurch begünstigen, daß es bessere Finanzierungsmöglichkeiten für das innere Wachstum eröffnet (vgl. dazu Lenel, Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 491 ff., 511). Unternehmenszusammenschlüsse können indessen direkt zur Schaffung optimaler Unternehmensgrößen beitragen. Lenel (aaO, S. 495) nennt insoweit 5 Fälle, in denen durch externes Wachstum Produktivitätsfortschritte erzielt werden können; nämlich dann, wenn durch den Zusammenschluß von Unternehmen (1) eine zweckmäßigere Regelung des Ausscheidens von Überkapazitäten gelingt, (2) ohne

sammenschlüsse dieser Art sind vielmehr mit allen zu Gebote stehenden Mitteln zu fördern. Die europäische Wirtschaft hat insoweit noch einen sehr großen Nachholbedarf. [6] Der notwendige Anpassungsprozeß der Unternehmen an die Größenverhältnisse des europäischen Marktes mit annähernd 180 Millionen Verbrau-

---

Fortsetzung der Fußn. 5) von S. 2:

wesentliche ungünstige Nebenwirkungen eine Unternehmensorganisation erhalten werden kann, die sonst verloren gegangen wäre, (3) eine sonst nicht mögliche Spezialisierung der Produktion gelingt, die erhebliche Kostenvorteile mit sich bringt, (4) die Optima für die eigentliche Produktion, den Vertrieb und (oder) die Verwaltung verschieden groß sind und deshalb durch die Zusammenfassung mehrerer Produktionsapparate wesentliche Kostenvorteile erzielt werden können, (5) ein oder mehrere beteiligte Unternehmen eine bessere Leitung erhalten und sich deshalb der gegebenen Datenkonstellation besser anpassen. Indessen werden auch insoweit keine neuen Kapazitäten geschaffen, was gesamtwirtschaftlich wünschenswerter sein könnte. Daher bleibt wohl bei aller Befürwortung einer ausschließlich leistungssteigernden Unternehmenskonzentration der Satz richtig, daß internes Unternehmenswachstum dem externen vorzuziehen ist.

6) Vgl. dazu die Studie der Union der Industrien der Europäischen Gemeinschaft, Certains aspects des disparites dans les dimensions des plus grandes entreprises de la C. E. E., comparees avec leurs principaux concurrents des pays tiers, v. 26.2.1965 und die Untersuchung der Prognos AG, Unternehmensgröße und internationale Wettbewerbsfähigkeit, 1968 sowie Zijlstra, aaO, S. 46 und 56/57; Andreae, Einfluß der Liberalisierung und Markterweiterung durch den EWG-Vertrag auf die Unternehmensstruktur in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1967, S. 27 ff.; Silcher, Unternehmensgröße und Wettbewerb im Lichte der Integration in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 17 ff.; Marchal, Die wirtschaftliche Notwendigkeit innergemeinschaftlicher Fusionen und Konzentrationen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. Nr. 109, S. 25 ff. (1968) sowie das Memorandum der Kommission zur Unternehmenskonzentration, insbes. Teil 1.

chern hat gerade erst begonnen. [7] Schwierigkeiten psychologischer, gesellschaftsrechtlicher sowie steuerrechtlicher Art, die sich insbesondere den integrationsfördernden grenzüberschreitenden Konzentrationsvorgängen entgegenstellen, sollten schnellstens abgebaut werden. Die Schaffung einer europäischen Handelsgesellschaft erscheint in diesem Zusammenhang von besonderer Dringlichkeit. [8]

So wichtig es somit im gegenwärtigen Stadium der europäischen Entwicklung ist, Unternehmenszusammenschlüsse zu fördern, die zur Bildung leistungsfähiger Unternehmen beitragen und damit erst die Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs schaffen, so notwendig erscheint es auf der anderen Seite, solche Konzentrationsvorgänge zu verhindern, die die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs in Frage stellen. Dies trifft insbesondere für Zusammenschlüsse zu, die von vornherein nur auf die Errichtung bzw. Verstärkung wirtschaftlicher Machtstellungen mit der dadurch eröffneten Möglichkeit der Marktkontrolle gerichtet sind.

---

7) Außer für eine leistungsfördernde Konzentration hat sich die Kommission neuerdings auch für eine leistungsfördernde Kooperation der europäischen Unternehmen ausgesprochen, vgl. dazu die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen v. 23.7.1968, WuW 1968, 647 ff.; vgl. dazu ferner Sölter, Kooperation und Konzentration als unternehmerische Aufgabe in der EWG in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, 1966, S. 43 ff. und Garcin, Kooperationsmöglichkeiten nach nationalem und EWG-Recht. Eine Europäische Kooperationsfibel in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 35 ff. sowie Kartte, Kooperation in der Marktwirtschaft, BB 1969, 53 ff.

8) Vgl. dazu v. Caemmerer, Europäische Aktiengesellschaft in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe f. H. Kronstein, 1967, S. 171 ff. sowie Deringer, Kooperation und Konzentration im Spannungsfeld von Wettbewerbs- und Gesellschaftsrecht und Kauffmann, Kooperation und Konzentration unter steuerlichen Gesichtspunkten, beide in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 85 ff. und 107 ff. sowie das Memorandum der Kommission, Teil I und II. Auf dem Gebiet des Steuerrechts hat die Komission inzwischen zur Erleichterung internationaler Zusammenschlüsse zwei Richtlinienentwürfe ausgearbeitet und im Januar 1969 dem Rat übermittelt, vgl. v.d. Groeben, Steuerhürden auf dem Wege zum Gemeinsamen Markt in: Europäische Gemeinschaft, 1969 Nr. 3, S. 3 ff., 5.

Indessen wird sich bei der Mehrzahl der zu beurteilenden Zusammenschlüsse ein eindeutiges Urteil über die wettbewerblichen Auswirkungen nicht fällen lassen. Viele Zusammenschlüsse werden sowohl leistungsfördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben. Dies macht eine sachgerechte Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen besonders schwierig.

Ganz allgemein wird man aber sagen können, daß in dem Maße, in dem ein Zusammenschluß zur Bildung einer stark oligopolistischen bzw. monopolistischen Struktur des relevanten Marktes beiträgt und damit die Gefahr einer wesentlichen Beeinträchtigung bzw. Ausschaltung des Wettbewerbs erhöht, wachstumspolitische Überlegungen in den Hintergrund zu treten haben. [9] Dies kann zur Konsequenz haben, daß im Interesse der Aufrechterhaltung einer Wettbewerbsordnung ausnahmsweise auch einmal volkswirtschaftliche Nachteile in Kauf genommen werden müssen. Im übrigen erscheint es zweckmäßig, sich bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen generell an einer Marktstruktur zu orientieren, die die Entfaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs möglichst zuverlässig erwarten läßt und die zugleich mit größter Wahrscheinlichkeit die Voraussetzungen dafür bietet, daß sich optimale Unternehmensgrößen bilden können. [10] Mit Clark und Kantzenbach soll im folgenden davon ausgegangen werden, daß diese Bedingungskonstellation in der Regel am ausgewogensten in der Marktform des weiten Oligopols gegeben ist. [11]

---

9) Vgl. dazu Houssiaux, Die wirtschaftlichen Grenzen der Unternehmenskonzentrationen und -fusionen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. Nr. 109, S. 51, 70 ff., 77 (1968).

10) Für die Notwendigkeit, die wettbewerbsrechtliche Einschätzung eines Unternehmenszusammenschlusses an der von der Rechtsordnung angestrebten Marktstruktur zu orientieren, spricht sich auch Steindorff aus, vgl. Hindernisse aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. Nr. 109, S. 186 ff., 192 (1968), im folgenden "Referat" genannt.

11) Vgl. Clark, aaO, S. 481 und Kantzenbach, aaO, S. 88 ff. und 134 ff., insbes. S. 138: "Die optimale Wettbewerbsintensität wird nicht in extremen Marktformen, sondern in weiten Oligopolen mit beschränkter Produkthomogenität und Markttransparenz erreicht."
Dabei darf angenommen werden, daß die Wahrscheinlichkeit, daß sich bei gleichzeitiger Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs optimale Unternehmensgrößen bilden können, in dem Maße wächst, in dem sich die nationalen Märkte zu einem europäischen Markt ausweiten. Vgl. dazu auch das Memorandum der Kommission, S. 11 Nr. 3.

Mit der grundsätzlichen Entscheidung für eine Konzentrationskontrolle wird gleichzeitig Stellung genommen gegen die Auffassung der Autoren, die dem Unternehmenswachstum in jedem Falle unbedingten Vorrang geben wollen, die sich, wie beispielsweise Galbraith [12], im Interesse des technologischen Fortschritts, einer langfristigen Unternehmensplanung und der besseren Nutzung finanzieller Ressourcen für eine Superkonzentration in der Wirtschaft einsetzen oder die, wie etwa Servan - Schreiber [13], in dieser Entwicklung die einzige Überlebenschance für die europäische Wirtschaft gegenüber einer übermächtige Konkurrenz aus den Drittländern, insbesondere den Vereinigten Staaten, sehen.

Abgesehen davon, daß diese Auffassung mit einer Wirtschaftsordnung unvereinbar ist, die sich für den Wettbewerb als wirtschaftliches Ordnungsprinzip entschieden hat, erscheint eine Ablehnung dieser Ansicht schon insoweit gerechtfertigt, als der Nachweis ihrer ökonomischen Richtigkeit immer noch aussteht.[14] Empirische Untersuchungen haben im Gegenteil ergeben, daß Leistungsfähigkeit und technischer Fortschritt zwar gewisse Mindestgrößen der Unternehmen voraussetzen, daß es aber keinesfalls zutrifft, daß das Verhältnis von Größe und Ertrag bzw. Effektivität der Forschung mit zunehmender Größe notwendig günstiger wird.[15]

Die Entscheidung für eine Konzentrationskontrolle im obengenannten Umfang hat gleichzeitig den Vorteil, daß dadurch den einzelnen Wirtschaftssubjekten ein optimaler Freiheitsbereich verbleibt, innerhalb dessen sie sich entfalten können. Darüberhinaus ist, indem der Wettbewerb seine Funktion behält, Antriebsimpulse zur Leistungssteigerung zu geben und die Wirtschaftstätigkeit der einzelnen Unternehmen und Haushalte zu steuern und zu koordinieren, gewährleistet, daß diese wichtigen Aufgaben nicht, wie dies im Falle einer Superkonzentration leicht geschehen könnte, einem staatlichen Dirigismus anheimfallen. Auch erscheint ein solches Wettbewerbssystem am besten geeignet zu verhindern, daß die nach dem Abbau der Zollmauern sich vollziehende Öffnung der nationalen

---

12) Die moderne Industriegesellschaft, 1968.

13) Die amerikanische Herausforderung, 1968.

14) Vgl. dazu Günther, Zehn Jahre Bundeskartellamt in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 11 ff., 27 und insbes. Turner, The Merits of Anti-merger Policy - A Reply to Professor Galbraith, 19 Case W. Res. L. Rev. 201 (1968).

15) Vgl. dazu Kaufer, Die Ökonomie von Forschung und Entwicklung in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 399 ff., 445 ff., 464 und Schlegel, Technischer Fortschritt und weites Oligopol, Schmollers Jahrbuch 1967, insbes. S. 49 f. sowie unten S. 150 Anm. 475.

Märkte zu einem großen europäischen Markt nicht durch Konzentrationsvorgänge erschwert bzw. überhaupt vereitelt wird. [16] Schließlich wird es auf diese Weise erst möglich sein, eine eventuell bedrohliche, mit dem System des unverfälschten Wettbewerbs unvereinbare Zusammenschlußaktivität marktmächtiger, d.h. insbesondere finanzstarker Unternehmen aus Drittländern auf dem Gemeinsamen Markt unter Kontrolle zu bringen. [17]

II. Ist damit in groben Zügen die grundsätzliche Notwendigkeit einer Kontrolle der Unternehmenskonzentration dargetan, so bleibt nun noch zu klären, was im folgenden unter einem Unternehmenszusammenschluß zu verstehen ist.

In Anlehnung an das Memorandum der EWG-Kommission zur Unternehmenskonzentration soll für die Zwecke dieser Arbeit von folgender Definition des wirtschaftlichen Tatbestands eines Unternehmenszusammenschlusses ausgegangen werden:

---

16) Insoweit sind es besonders bestimmte nationale, horizontale und vertikale Zusammenschlüsse, die eine den Zielen des EWG-Vertrags entgegenstehende Abschließung der nationalen Märkte bewirken können.

17) Über weitere Einzelheiten zur Problematik der Unternehmenskonzentration vgl. Arndt, Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, NF, Bd. 20 I-III, 1960; Lenel, Ursachen der Konzentration, 2. Aufl., 1968; Marbach, Die Wirtschaftskonzentration, 1964; Gunzert, Konzentration, Markt und Marktbeherrschung, 1961; Sieber, Betriebskonzentration, Unternehmenskonzentration und Konzernierung, 1962; Rittner, Konzentrationsbegriff und Unvermeidbarkeitsdogma in wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: Festschrift f. H.C. Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 531 ff. sowie den Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, erstattet vom Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft, BT-Drucksache IV/2320 nebst Anlageband und Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, United States Senate, ab 1964, Teil 1-7. Vgl. außerdem neuerdings Dürrhammer, Konzentration und Wettbewerb in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 231 ff.; Biedenkopf, Ordnungspolitische Probleme der Konzentration, Die Aussprache 1968, S. 112 ff. und Lenel, Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 489 ff.
Weiteres Schrifttum und Material in: Konzentration und Konzentrationspolitik, Bibliographie 1960-1966, herausgegeben von Arndt und Münzer, 1967.

Ein Zusammenschluß von Unternehmen liegt vor, wenn mehrere Unternehmen, gleich welcher Rechtsform und Organisation, unter Aufgabe ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit in einer auf Dauer berechneten Weise unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zusammengefaßt werden. [18] Im Unterschied zum Kartell, das als zeitlich begrenzte Absprache zwischen selbständig bleibenden Unternehmen über ein bestimmtes Marktverhalten zu verstehen ist, schafft ein Unternehmenszusammenschluß eine neue Unternehmenseinheit und bewirkt damit eine Änderung der internen Unternehmensstruktur, sei es im Hinblick auf das Vermögen oder im Hinblick auf die Organisation der Verwaltung.

Dabei interessiert es in diesem Zusammenhang nur am Rande, in welchen gesellschaftsrechtlichen Formen sich ein Unternehmenszusammenschluß im einzelnen vollziehen kann. Als wichtigste Formen gelten: die Verschmelzung zweier oder mehrerer rechtlich selbständiger Gesellschaften zu einer neuen Gesellschaft (Fusion), der vollständige oder teilweise Erwerb des Anlagevermögens oder einzelner Betriebsstätten anderer Unternehmen, Betriebsüberlassung- und Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten anderer Unternehmen sowie die Konzernierung rechtlich selbständig bleibender Unternehmen durch Beteiligungserwerb oder sog. Organschaftsverträge. [19]

---

18) Vgl. das Memorandum der Kommission, S. 21 Nr. 1; vgl. ferner v. Ommeslaghe, Die Anwendung der Art. 85 und 86 des Rom-Vertrags auf Fusionen, Gesellschaftszusammenschlüsse und Gemeinschaftsunternehmen in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1966, S. 41 ff., 49/50 sowie Steindorff, Referat, S. 197/198.

19) Im Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik hat die Verschmelzung von Aktien- und anderen Kapitalgesellschaften eine abschließende Regelung in den §§ 339 ff. AktG gefunden. Außerdem wurde im neuen Aktiengesetz von 1965 erstmalig der Versuch unternommen, in einem besonderen Buch "Verbundene Unternehmen" das in der Praxis entwickelte Konzernrecht in gesetzliche Formen zu bringen (vgl. §§ 291 ff. AktG). Dabei ist allerdings zu beachten, daß nicht alle dort geregelten Formen der Unternehmensverbindungen die oben genannten Tatbestandsvoraussetzungen eines Unternehmenszusammenschlusses erfüllen (vgl. dazu im einzelnen Würdinger, Verbundene Unternehmen und GWB, WuW 1967, 83 ff.; Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festabe f. H. Kronstein, 1967, S. 129 ff.; Huber, Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des § 18 AktG, ZHR 1968, 193 ff.).
Auch die anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft kennen die Rechtsformen der Fusion (mit Ausnahme der Niederlande) und der Konzernierung

Nach diesem notwendig kursorischen Überblick über die Vielfalt der durch eine Konzentrationskontrolle angeschnittenen wettbewerbspolitischen Probleme erscheint es angezeigt, kurz zu untersuchen, welche Beachtung die Unternehmenskonzentration bisher im Wettbewerbsrecht der einzelnen Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft sowie im Recht der Europäischen Verträge gefunden hat.

§ 2 DIE BEHANDLUNG DER UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSE IM WETTBEWERBSRECHT DER MITGLIEDSSTAATEN DER GEMEINSCHAFT [20]

I. Insoweit muß gleich zu Beginn festgestellt werden, daß keiner der Mitgliedsstaaten eine wettbewerbsrechtliche Vorschrift aufweist, die ausdrücklich auf Unternehmenszusammenschlüsse bezogen ist, wenn man einmal davon absieht, daß das deutsche Recht in § 23 GWB eine Meldepflicht für Zusammenschlüsse bestimmter Form und Größe vorsieht. In allen Rechten kommt es vielmehr darauf an, wie weit sich der Zusammenschluß von Unternehmen von den allgemeinen Grundtatbeständen her erfassen läßt, die entweder an ein Verhalten, nämlich an den Abschluß wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, oder an einen Zustand, nämlich an eine wirtschaftliche Machtstellung anknüpfen, die den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beschränkt. Die beiden Fragen, die sich dabei jeweils stellen, sind:

(1) Können Unternehmenszusammenschlüsse schon von Tatbeständen erfaßt werden, die ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen vorsehen?

Fortsetzung der Fußn. 19) von S. 8:
(vgl. das Memorandum der Kommission, S. 14-16). Bzgl. der Einzelheiten der Ausformung der nationalen Gesellschaftsrechte vgl. Jura Europae, Bd. I, Gesellschaftsrecht, ab 1964: für Belgien DelMarmol/Dabin 20.70.1 ff., für Frankreich Bastian 30.70.1 ff., für Italien Colombo/Rotondi 40.70.1 ff., für Luxemburg Delvaux 50.70.1 ff.; für die Niederlande Van der Grinten 60.70.1 ff. sowie Garcin-Hepp-Möhring-Serick, Handels- und Wirtschaftsrecht der Länder des Gemeinsamen Marktes EWG, Bd. I, Handelsgesellschaften, 1963.

20) Vgl. hierzu Zijlstra, aaO, S. 7 ff. sowie die Länderberichte für Frankreich von Collin, für Deutschland von Rittner, für die Niederlande von Verloren van Themaat, für Belgien von Dabin, für Italien von Bernini und für Luxemburg von Schumacher sowie der Generalbericht von Hefermehl auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10.-13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs.

(2) Können Zusammenschlüsse als mißbräuchliche Ausnutzung wirtschaftlicher Machtstellungen angesehen werden?

II. Im französischen Recht stellt sich nur die erste Frage, und zwar im Rahmen der Auslegung von Art. 419 des Code Pénal und von Art. 59 bis der ordonnance Nr. 45 - 1483 vom 30.6.1945 in der Fassung vom 28.9.1967. [21]

Art. 419 des Code Pénal stellt ein durch "réunion" oder "coalition" verwirklichtes Marktverhalten unter Strafe, wenn es auf einen Gewinn abzielt, der nicht dem natürlichen Spiel von Angebot und Nachfrage entspricht. Art. 59 bis der ordonnance Nr. 45-1483 betrifft "conventions", "ententes" oder "coalitons" gleich welcher Form, die eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken können. Beide Vorschriften werden in der französischen Literatur auf Unternehmenszusammenschlüsse grundsätzlich nicht für anwendbar gehalten. Man unterscheidet vielmehr in der rechtlichen Beurteilung scharf zwischen Zusammenschlüssen und "ententes". Anders kann es aber sein, wenn ein Zusammenschluß ein Kartell nur verdecken soll oder weil ein Syndikat nur das Instrument eines Kartells darstellt. [22] Die typischen Unternehmenszusammenschlüsse sind jedoch in Frankreich wettbewerbsrechtlichen Beschränkungen nicht unterworfen.

III. Auch nach deutschem Recht stellt sich zunächst die Frage, inwieweit der Verbotstatbestand des § 1 GWB [23], der gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen gerichtet ist, auch auf Unternehmenszusammenschlüsse Anwendung findet, sofern sich diese aufgrund von Verträgen vollziehen. Nach ganz überwiegender Auffassung wird diese Frage aber ebenfalls verneint, da § 1 GWB nur auf solche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen anzuwenden sei, bei denen die Partner als selbständige Unternehmenseinheiten fortbestehen. Auf Unternehmenszusammenschlüsse, für die im Gegensatz dazu gerade der Fortfall zumindest der wirtschaftlichen Selbständigkeit der einzelnen Unternehmenseinheiten charakteristisch sei, sei demgegenüber ausschließlich § 23 GWB anwendbar, wonach gewisse Zusammenschlußtatbestände lediglich einer besonderen

---

21) Vgl. Guide de la Législation sur les Pratiques Commerciales Restrictives, Vol. III, ab 1964, France 1.4 et 1.0.

22) Vgl. Blaise, Le Statut Juridique des Ententes Economiques, 1964, S. 149 ff., 158/159, 163 ff.

23) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957 i.d.F. v. 3.1. 1966 (BGBl. I S. 37).

Meldepflicht unterworfen sind. [24] Dagegen wird neuerdings eine begrenzte Anwendbarkeit von § 22 GWB n.F. auf solche Zusammenschlüsse vorgeschlagen, die von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen und sich als Mißbrauch dieser Marktmacht darstellen. [25]

IV. Das niederländische Gesetz über den wirtschaftlichen Wettbewerb vom 28.6.1956 in der Fassung vom 16.7.1958 [26] unterscheidet zwischen Wettbewerbsregelungen und marktbeherrschenden Stellungen. "Regelungen" können nach Art. 19 des Gesetzes im Mißbrauchsfall für unwirksam erklärt werden. Gegen Unternehmenszusammenschlüsse kann diese Bestimmung jedoch nicht eingesetzt werden, da auch hier die beteiligten Unternehmen nach dem Abschluß der Regelung als selbständige Einheiten erhalten bleiben müssen. Zu beachten ist aber, daß nach der Entstehungsgeschichte Konzernverträge und Verträge über die Errichtung von Gemeinschaftsunternehmen unter diesen Tatbestand fallen können. Insoweit wird bedeutsam, unter welchen Voraussetzungen solche Verträge dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen und daher als mißbräuchlich angesehen werden können. Bei Konzernverträgen ist darüberhinaus entscheidend, ob der Mißbrauchsvorwurf schon aus der Wirkung abgeleitet werden kann, die der Zusammenschluß auf die Marktstruktur hat. [27]

Diese Fragestellung tritt noch mehr in den Vordergrund im Rahmen von Art. 24 des niederländischen Gesetzes. Danach ist es möglich bei Vorliegen wirtschaft-

---

24) BGHZ 31, 105-113 (Gasglühkörper); Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, 1963, §§ 23, 24 Anm. 15; Kartte, WuW 1961, 565 ff.; Würdinger, WuW 1961, 745 ff.; a.A. Markert, AWD 1964, 186 f.

25) Vgl. dazu den 9. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950 v. 12.7.1967, Vorwort S. 12. Das Bundeskartellamt nennt dort drei mögliche Anwendungsfälle: (1) Der Zusammenschluß folgt aus dem Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (der Marktbeherrscher zwingt den schwächeren Mitbewerber durch Verdrängungswettbewerb zur Fusion); (2) der Zusammenschluß führt in einer konkreten Marktsituation zu einer Verschlechterung der Versorgungslage der Marktgegenseite infolge Monopolisierung; (3) der Zusammenschluß erfolgt in der Absicht, die damit zu erlangende oder zu verstärkende marktbeherrschende Stellung zu mißbrauchen.
Vgl. dazu ferner Fikentscher, Die Interessengemeinschaft, 1966, S. 33-34.

26) Vgl. Guide de la Législation, aaO, Vol. IV, Pays-Bas 1.0.

27) Diese Frage wird offensichtlich vom Bundeskartellamt bejaht, vgl. den Anwendungsfall 2 zu § 22 GWB oben Anm. 25.

licher Machtstellungen, deren Wirkungen dem öffentlichen Interesse widersprechen, Einzelheiten über diese Machtstellungen und deren Zustandekommen zu veröffentlichen. Hier wird in der Tat die Auffassung vertreten, daß der mißbräuchliche Charakter einer Machtstellung und des sie begründenden Zusammenschlusses u.U. schon aus der mit dem Zusammenschluß bewirkten Monopolisierung bzw. sehr weitgehenden Oligopolisierung des Marktes gefolgert werden kann. [28]

V. Das belgische Gesetz gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Macht vom 27.5.1960 [29] sucht unerwünschten Wettbewerbsbeschränkungen mit einem Einheitstatbestand zu begegnen, der auf die Innehabung einer wirtschaftlichen Machtstellung durch eine oder mehrere Personen abstellt. Bekämpft wird die mißbräuchliche, d.h. im Widerspruch zum Allgemeininteresse stehende Ausnutzung solcher Stellungen. Dabei ist es die einhellige Auffassung, daß nach dieser Konzeption Unternehmenszusammenschlüsse als solche nicht angegriffen werden können. Bekämpft werden kann erst die Ausnutzung der durch den Zusammenschluß begründeten Machtstellung. [30] Damit dürfte für das belgische Recht auch die These abzulehnen sein, wonach der Mißbrauchscharakter eines Zusammenschlusses sich schon daraus folgern läßt, daß er zu einer Monopolisierung oder sehr weitgehenden Oligopolisierung führt.

Interessant ist, daß nach belgischem Recht als Sanktion gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen die Aufgabe von Beteiligungen an anderen Unternehmen verlangt werden kann. Bei Vorliegen eines Machtmißbrauchs durch zusammengeschlossene Unternehmen wären somit auch Maßnahmen möglich, die einer Entflechtung nahe kommen.

VI. In Italien und Luxemburg sind Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen erst in Vorbereitung. In Luxemburg liegt ein Entwurf aus dem Jahre 1967 vor. In Italien wird aus einer Reihe von Entwürfen dem Entwurf Medici aus dem Jahre 1964 besondere Bedeutung beigemessen. Beide Entwürfe sind jedoch sehr stark an der Regelung in Art. 85, 86 des EWG - Vertrags orientiert, sehen also Tatbestände gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und gegen den Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen vor, ohne die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen besonders zu berücksichtigen. [31]

---

28) Vgl. Verloren van Themaat, aaO, S. 5/6.
29) Vgl. Guide de la Législation, aaO, Vol. I, Belgique 1.0.
30) Vgl. Dabin, aaO, S. 4/5.
31) Vgl. Schumacher, aaO und Bernini, aaO.

VII. Schon aus dieser kurzen Übersicht wird die außerordentliche Zurückhaltung des nationalen Wettbewerbsrechts gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen deutlich. Dies mag einmal daran liegen, daß das für eine gesetzliche Regelung erforderliche Erfahrungsmaterial über die wirtschaftlichen und insbesondere wettbewerblichen Auswirkungen der Unternehmenskonzentration noch nicht als ausreichend angesehen wird. Zum anderen dürfte sich die Einsicht durchgesetzt haben, daß eine sachgerechte Regelung auf diesem Gebiet nur auf europäischer Ebene erreicht werden kann, daß das Problem der Unternehmenskonzentration also in erster Linie ein Problem des Gemeinsamen Marktes und damit des Gemeinschaftsrechts ist. [32)]

§ 3 DIE BEHANDLUNG DER UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSE IM WETTBEWERBSRECHT DER EUROPÄISCHEN VERTRÄGE

I. Was das Gemeinschaftsrecht betrifft, so ist nur im Rahmen des EGKS - Vertrags [33)], also beschränkt auf den Montanbereich, eine ausdrückliche Regelung der Frage der Unternehmenszusammenschlüsse erfolgt.

Nach Art. 66 § 1 EGKS-Vertrag bedarf jeder Unternehmenszusammenschluß grundsätzlich einer vorherigen Genehmigung, die nach § 2 bei Vorliegen bestimmter unerwünschter Wirkungen des Zusammenschlusses zu versagen ist. Als eine solche Wirkung wird im Vertrag insbesondere angesehen, daß es der Zusammenschluß den beteiligten Unternehmen ermöglichen würde, auf einem bedeutenden Teil des relevanten Marktes die Preise zu bestimmen, Produktion oder Verteilung zu kontrollieren oder zu beschränken oder einen wirklichen Wettbewerb zu verhindern. Der Zusammenschluß darf es den beteiligten Unternehmen ferner nicht ermöglichen, den aus der Anwendung des Vertrages sich ergebenden Wettbewerbsregeln zu entgehen. Nach diesen Maßstäben sind Zusammenschlüsse dann nicht genehmigungsfähig, wenn sie marktbeherrschende Stellungen begründen oder verstärken. Das Unwerturteil über den Zusammenschluß wird insoweit allein aus der Wirkung abgeleitet, die er auf die Marktstruktur hat. Dagegen ist es unerheblich, ob ein Mißbrauch der durch den Zusammenschluß begründeten Machtstellung tatsächlich zu erwarten ist. Zusammenschlüsse geringerer Bedeutung sind aufgrund von § 3 durch Entscheidungen

---

32) Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum 10. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1967, BT-Drucks. V/2841 v. 11.4.1968, S. 3.

33) Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl v. 18.4.1951 (BGBl. 1952 II S. 447).

der Hohen Behörde vom 6. Mai 1954 und vom 22. Juni 1967 vom Erfordernis vorheriger Genehmigung befreit worden; sie unterliegen nur einer nachträglichen Meldepflicht. [34]

Angesichts dieser Sonderregelung für Zusammenschlüsse treten die beiden anderen Tatbestände des EGKS-Vertrags, das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Beschlüsse und verabredeter Praktiken in Art. 65 und die Ermächtigung zum Eingriff gegen die mißbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen in Art. 66 § 7, als weitere rechtliche Hilfsmittel zur Erfassung der Unternehmenskonzentration naturgemäß in den Hintergrund. Auffallend ist die große Zurückhaltung, mit der die Hohe Behörde von ihrer Eingriffsbefugnis gegenüber Konzentrationserscheinungen Gebrauch gemacht hat. [35]

Entsprechend seines begrenzten Geltungsbereichs erfaßt der EGKS-Vertrag nur einen relativ schmalen Ausschnitt der Zusammenschlußaktivität auf dem Gemeinsamen Markt. Eine wirklich umfassende Lösung des Problems hängt damit weitgehend davon ab, welcher Beitrag dazu vom EWG-Vertrag zu erwarten ist.

II. Die rechtliche Ausgangssituation im EWG-Vertrag gleicht aber weitgehend der in den Mitgliedstaaten. Auch der EWG-Vertrag kennt keine ausdrückliche Regelung der Frage der Unternehmenszusammenschlüsse. Er beschränkt sich darauf, in Art. 85 wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen und in Art. 86 die mißbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen zu verbieten. Wie in den Mitgliedstaaten stellt sich somit auch hier zunächst die Frage, inwieweit auf der Basis der vorhandenen Rechtsvorschriften eine wirksame Kontrolle der Unternehmenskonzentration möglich ist.

Dabei ist davon auszugehen, daß die Anwendbarkeit von Art. 85 EWG-Vertrag auf Unternehmenszusammenschlüsse ganz überwiegend abgelehnt wird. [36]

---

34) Entscheidung Nr. 25/54 der Hohen Behörde v. 6.5.1954 (Amtsblatt der EGKS 1954, S. 346 ff.); ergänzt durch Entscheidung Nr. 28/54 v. 26.5. 1954 (Amtsblatt der EGKS 1954, S. 381); Entscheidung Nr. 25/67 der Hohen Behörde v. 26.6.1967 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1967, Nr. 154/11).

35) Vgl. beispielsweise für den Stahlbereich die Stellungnahme der Kommission im 2. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaften 1968 v. Febr. 1969, S. 42 Nr. 22.

36) Vgl. das Memorandum der Kommission, S. 24 Nr. 14; v.d. Groeben, Die Wettbewerbspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, Rede vor dem Europäischen Parlament in Straßburg am 16.6.1965, S. 19; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl.,

Zwar sei diese Vorschrift, so wird argumentiert, ihrem Wortlaut nach grundsätzlich auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar. Nach ihrem Sinn und Zweck, nach der angewandten Rechtstechnik sowie nach der darin ausgesprochenen Rechtsfolge sei diese Bestimmung jedoch ein reiner Kartelltatbestand, der nicht geeignet sei, die für eine sachgerechte Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen erforderlichen Kriterien zu liefern. Dies gelte besonders für die in Art. 85 Abs. 3 EWGV normierten Freistellungsvoraussetzungen vom Verbot des Abs. 1 sowie für die im Verbotsfalle zwingend vorgesehene Nichtigkeitsfolge in Art. 85 Abs. 2.

Diese insbesondere von der Kommission in ihrem Memorandum zu Unternehmenskonzentration vertretene Auffassung [37] ist nicht ohne Kritik geblieben.[38] Dennoch ist im Ergebnis an der Nichtanwendbarkeit von Art. 85 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse festzuhalten. Dies schon deswegen, weil Art. 85 EWGV in jedem Falle bedingt durch seinen Wortlaut auf solche Zusammenschlüsse begrenzt bleiben müßte, die auf dem Vertragswege herbeigeführt wurden. Auf einseitigem Beteiligungserwerb beruhende Zusammenschlußvorgänge beispielsweise könnten nicht erfaßt werden. Dies aber wäre ein wettbewerbspolitisch sehr unbefriedigendes Ergebnis, das nur dazu führen würde, daß die

---

Fortsetzung der Fußn. 36) von S. 14:

1959, Anh. GWB, Art. 86 EWGV Anm. 1; Deringer, Das Wettbewerbsrecht der EWG, Art. 86 EWGV Anm. 1; Gleiss-Hirsch, EWG-Kartellrecht, 1962, Art. 85 EWGV, Anm. 20; Spengler, Kartellrecht der EWG, Erläuterung Anm. 41 in: Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., 1963; Thiesing in v. d. Groeben-v. Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag, 1958, Art. 86 Anm. 2; Fikentscher, Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift f. F. Böhm, 1965, S. 261 ff., 270 ff. sowie DB 1966, 689; Hefermehl, Beurteilung von Fusionen und Konzernbildungen nach Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags, in: Festschrift f. H. C. Nipperdey, Bd. II, 1965, S. 771 ff., 773 ff.; ders., Generalbericht, aaO, S. 16 ff.; Mestmäcker, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWGV, aaO, S. 327 f.; Steindorff, Referat, S. 188 ff.

37) Vgl. das Memorandum der Kommission, S. 22-24, Nr. 5-15.

38) Vgl. dazu Steindorff, Referat, S. 194. Allerdings ist auch Steindorff im Ergebnis gegen eine Anwendung von Art. 85 auf Konzentrationsvorgänge. Im Unterschied zur Kommission stützt er sich jedoch insoweit auf die eindeutige Entstehungsgeschichte von Art. 85 sowie auf die Tatsache, daß immer noch eine zu große Unsicherheit hinsichtlich der Beurteilung von Konzentrationsvorgängen und ihrer Auswirkungen bestehe (aaO, S. 195-196).

zusammenschlußwilligen Unternehmen auf die von Art. 85 Abs. 1 EWGV nicht erfaßten Zusammenschlußtechniken ausweichen. 39)

Aus diesen Gründen hat sich die Diskussion um die Frage einer geeigneten Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Rahmen der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags immer mehr auf Art. 86 EWGV konzentriert, auf die Frage also, inwieweit ein Unternehmenszusammenschluß eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen kann, die ein oder mehrere Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben einnehmen. 40) Dieser Fragestellung soll im folgenden näher nachgegangen werden.

§ 4 AUFGABENSTELLUNG

I. Ehe jedoch in eine genaue Prüfung der Eignung von Art. 86 EWGV für eine präventive Fusionskontrolle eingetreten wird, erscheint es angebracht, zunächst einmal zu untersuchen, welche Erfahrungen insoweit in einem Rechtskreis gemacht wurden, in dem seit über 75 Jahren ein Wettbewerbsrecht praktiziert wird, dessen erklärtes Ziel die Kontrolle einer übermäßigen Unternehmenskonzentration ist, im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten. Dies ist umsomehr gerechtfertigt, als der zuvor gegebene Überblick gezeigt hat, daß in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft dazu bisher keine nennenswerten Erfahrungen bestehen, die für eine europäische Lösung herangezogen werden könnten. Selbstverständlich kann es bei einer solchen Betrachtung angesichts der Verschiedenartigkeit des angloamerikanischen und kontinentaleuropäischen Rechts nicht darum gehen, amerikanische Lösungen einfach blind auf das europäische Recht zu übertragen. Ziel dieser vorgeschalteten vergleichenden Untersuchung soll es vielmehr sein, aus dem amerikanischen Recht Anregungen und Einsichten zu gewinnen, die es erlauben, die bisher gemachten, im Anschluß an die rechtsvergleichende Betrachtung im einzelnen darzustellenden Lösungsvorschläge zu einem europäischen Recht der Unternehmenszusammenschlüsse besser auf ihre Praktikabilität und Effektivität hin einzuschätzen und zu beurteilen. Dabei soll das amerikanische Beispiel insbesondere über drei Fragenkomplexe Auskunft geben:

---

39) Die grundsätzliche Nichtanwendbarkeit von Art. 85 EWGV auf Konzentrationsvorgänge schließt allerdings nicht ihre Anwendbarkeit in den Fällen aus, in denen zusätzliche wettbewerbsbeschränkende Abreden zur Konzentration hinzutreten; vgl. dazu Steindorff, Referat, S. 199 f. sowie das Memorandum der Kommission, S. 24 Nr. 14.

40) Vgl. dazu insbes. das Memorandum der Kommission, S. 24 ff.

(1) Ausgehend von Art. 86 EWGV ist zunächst von besonderem Interesse, welche Erfahrungen man im amerikanischen Antitrustrecht mit der Verwendung einer Monopolmißbrauchsvorschrift als eines rechtlichen Instruments zur Verhinderung der Entstehung übermäßiger Marktmacht gemacht hat.

(2) Im unmittelbaren Zusammenhang damit steht die Frage, inwieweit sich ein solches Instrumentarium als ausreichend erwiesen hat, um den vielfältigen Problemen, die die Unternehmenskonzentration aufwirft, wirksam zu begegnen.

(3) Daraus ergibt sich schließlich die letzte, in diesem Zusammenhang interessierende Frage, nämlich welche anderen Wege das amerikanische Antitrustrecht gegangen ist bzw. welches andere rechtliche Instrumentarium es entwickelt hat, um eine wirksame Konzentrationskontrolle herbeizuführen.

Diese letzte Fragestellung könnte den Anstoß geben zu Überlegungen, die über den engen Rahmen der Ausgangsfrage, der Anwendungsmöglichkeit von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse, hinausgehen und überleiten zu der rechtspolitischen Frage, inwieweit die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages im Interesse der Gewährleistung einer wirksameren Fusionskontrolle evtl. ergänzt werden sollten. Gerade angesichts der bevorstehenden Neuformulierung des Gemeinschaftsrechts anläßlich der Fusion der Europäischen Gemeinschaften erscheinen Überlegungen dieser Art von besonderer Aktualität.

Eine solche rechtsvergleichende Betrachtung kann aber noch aus einem anderen Grunde sehr nützlich sein. Neben einer Antwort auf die mehr methodische Frage nach dem geeigneten rechtlichen Instrumentarium für eine wirksame Bekämpfung der Unternehmenskonzentration könnte ein solcher Vergleich, gewissermaßen als Nebenprodukt, auch weiteren Aufschluß geben über die wettbewerbliche Relevanz von Unternehmenszusammenschlüssen, d.h. über ihre wirtschaftliche oder rechtliche Eigenart als einem Mittel der Wettbewerbsbeschränkung.

II. Aus der skizzierten Aufgabenstellung ergibt sich der weitere Aufbau dieser Arbeit: In einem Teil 2 erfolgt zunächst eine geschlossene Darstellung der Entwicklung des Rechts der Unternehmenszusammenschlüsse im amerikanischen Antitrustrecht. Dem werden in einem Teil 3 nach einer allgemeinen Betrachtung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 86 EWGV die bisher gemachten Lösungsvorschläge zu einem europäischen Recht der Unternehmenszusammenschlüsse im Rahmen von Art. 86 EWGV gegenübergestellt und einer kritischen Prüfung unterzogen. Sich möglicherweise daraus ergebende Ansätze einer befriedigenderen Lösung sollen daran anschließend aufgezeigt werden.

TEIL 2:
DIE BEHANDLUNG VON UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSEN IM ANTITRUSTRECHT DER VEREINIGTEN STAATEN

§ 1 INSTRUMENTARIUM UND KONZEPTION DES AMERIKANISCHEN ANTITRUSTRECHTS

Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten dürfte wohl seines breiten Anwendungsbereichs und der einschneidenden Möglichkeiten seiner Durchsetzung nach das umfassendste geltende Recht dieser Art darstellen. Antitrustverfahren wie die gegen die Standard Oil Co. of New Jersey, die Aluminum Co. of America oder die Brown Shoe Co. [1] sind weit über die Vereinigten Staaten bekannt und diskutiert worden. Und es ist kein Zufall, daß alle drei Fälle Probleme der Unternehmenskonzentration zum Gegenstand haben. Ehe jedoch im einzelnen auf diese und andere Fälle eingegangen wird, soll kurz das Instrumentarium des Antitrustrechts, soweit es in diesem Zusammenhang von Interesse ist, vorgestellt und daran anschließend die Konzeption des Antitrustrechts umrissen werden.

I. Das Instrumentarium des Antitrustrechts

1. Die Antitrustgesetze

Die drei wichtigsten Antitrustgesetze sind der Sherman Act von 1890 sowie der Clayton und der Federal Trade Commission Act von 1914. [2] In unserem Zusammenhang von Bedeutung sind Section 1 und Section 2 Sherman Act und Section 7 Clayton Act.

Sec. 1 Sherman Act, die Grundnorm des amerikanischen Antitrustrechts, die sich mit wettbewerbsbeschränkenden Absprachen befaßt, lautet:

---

1) Standard Oil Company of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1 (1911); U.S. v. Aluminum Company of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945); Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962).

2) Es wird hier nur das bundesstaatliche Recht, das den zwischenstaatlichen Geschäfts- und Handelsverkehr betrifft, behandelt. Das Antitrustrecht der Einzelstaaten bleibt unberücksichtigt.
Weitere Antitrustgesetze sind der Robinson Patman Act, 49 Stat. 1526 (1936); Miller-Tydings Act, 50 Stat. 693 (1937); McGuire Act, 66 Stat. 632 (1952).

> "Every contract, combination in the form of trust or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal ....." [3]

Sec. 2 Sherman Act wendet sich gegen die Erreichung, Erhaltung und Ausnützung einer Monopolstellung. Sie untersagt drei Verhaltensformen der Monopolisierung: Die Monopolisierung durch eine Einzelperson, der Versuch der Monopolisierung und die Monopolisierung im Zusammenwirken mehrerer. Sie lautet:

> "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor ...." [3]

Sec. 7 Clayton Act richtet sich in ihrer neuen Fassung aus dem Jahre 1950 gegen jede Art von Unternehmenszusammenschlüssen, deren wahrscheinliche Wirkung wettbewerbsbeschränkend oder monopolbildend ist. Sie ist dazu bestimmt, der Unternehmenskonzentration in ihren Anfängen (in its incipiency) zu begegnen. Sie lautet in ihrem Hauptteil:

> "That no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly." [4]

Die restlichen Vorschriften des Clayton Act sind in diesem Zusammenhang uninteressant. Sie befassen sich in der Hauptsache mit Preisdiskriminierung (Sec. 2) und Ausschließlichkeits- und Koppelungsverträgen (Sec. 3).

Der Federal Trade Commission Act [5] beinhaltet im wesentlichen Vorschriften über die Errichtung, Organisation und Arbeitsweise der Federal Trade Commission. Nur Sec. 5 des Gesetzes ist eine materielle Vorschrift und gegen sog. "unfair trade practices" gerichtet.

Während eine Verletzung des Clayton Act nur im zivilrechtlichen Verfahren

---

3) 26 Stat. 209; 15 U.S.C. 1-7 (1890).

4) 38 Stat. 730; 15 U.S.C. 12 ff (1914) in der veränderten Fassung durch den Celler-Kefauver Act vom 29.12.50, 64 Stat. 1125; 15 U.S.C. 18 (1950).

5) 38 Stat. 717; 15 U.S.C. 41 ff (1914).

verfolgt werden kann, kann eine Verletzung des Sherman Act auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Die dafür angedrohten Strafen sind sehr drastisch: die Höchststrafe beträgt 50 000 Dollar und/oder ein Jahr Gefängnis. Die zivilrechtliche Verfolgung kann auf zweierlei Weise geschehen: Einmal kann der durch die Verletzung des Sherman oder Clayton Act Geschädigte selbst auf Schadensersatz klagen. Nach Sec. 4 Clayton Act kann er den dreifachen Wert des Schadens verlangen. Es kann aber auch, und hierunter fallen die Mehrzahl der Verfahren, durch Einleitung eines sog. "equity"-Verfahrens durch die Antitrust-Abteilung des Justizministeriums (Sec. 4 Sherman Act) oder eines sog. "cease and desist"-Verfahrens durch die Federal Trade Commission (Sec. 11 Clayton Act) erfolgen. Beide Behörden sind unabhängig nebeneinander stehende Organe zur Verfolgung von Antitrustverstößen.

2. Die Verfolgungsbehörden

a) Die Antitrust-Abteilung im Justizministerium ist ausschließlich zuständig für Verfahren, die unter den Sherman Act fallen, und zwar in straf- wie zivilrechtlicher Hinsicht. [6] In Verfahren, die eine Verletzung des Clayton Act zum Inhalt haben, teilen sich die Antitrust-Abteilung des Justizministeriums und die Federal Trade Commission in die Zuständigkeit. In diesem Bereich ist es möglich, daß beide Verfolgungsbehörden gleichzeitig gegen die gleiche Person ein Verfahren anstrengen [7]. In der Praxis hat es sich jedoch so eingespielt, daß die Antitrust-Abteilung des Justizministeriums, grob gesagt, die schweren Sherman Act-Verletzungen übernimmt und Clayton-Act-Fälle nur insoweit, als darin auch Sherman Act-Aspekte enthalten oder sie von grundsätzlicher Bedeutung sind, so insbesondere die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach Sec. 7 Clayton Act. Die Federal Trade Commission trägt dagegen die Hauptlast der kleineren Fälle und übernimmt damit die ihr bei ihrer Gründung im Jahre 1914 übertragene "Polizeifunktion" auf dem Wirtschaftssektor. [8] Die Grenzen sind jedoch fließend; erst in neuerer Zeit hat auch die Federal Trade Commission

---

6) Durch eine weite Auslegung der Zuständigkeit der Federal Trade Commission in Unlauteren Wettbewerbsangelegenheiten nach Sec. 5 Federal Trade Commission Act durch die Gerichte hat die Kommission jedoch viele Fälle an sich gezogen, die ihrer Natur nach eigentlich Sherman Act-Fälle gewesen wären. Es bleibt dann allerdings bei einer rein zivilrechtlichen Verfolgung des Falls.

7) Diese Möglichkeit hat der Supreme Court ausdrücklich gebilligt in FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683, 694 (1948).

8) Vergleiche im einzelnen Att. Gen. Rep. S. 343 ff; Neale, S. 364 ff.

Clayton Act-Fälle von sehr grundsätzlicher Bedeutung entschieden. [9]

b) Die Verfahren, nach denen bei beiden Behörden ein Antitrust-Fall gehandhabt wird, unterscheiden sich teilweise erheblich. Im "equity"-Verfahren erhebt die Antitrustabteilung des Justizministeriums Klage bei einem unteren Bundesgericht (Federal District Court) mit dem Ziel, ein "decree" zu erhalten, das entweder einer Verletzung des Gesetzes vorbeugt oder sie abstellt. [10] Beim Erlaß eines solchen "decree" hat der "equity"-Richter unbeschränkte Möglichkeiten. [11] Er kann alles anordnen, was er für notwendig hält, um "Verletzungen des Gesetzes zu verhüten oder sie zu beenden", d.h. er kann Warenzeichen oder Patente für unwirksam erklären, er kann die zukünftige Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft vorschreiben und er kann Gesellschaften auflösen oder aufteilen. Dabei kann der Richter seine eigene Zuständigkeit auch in der Zeit nach Erlaß des Urteils aufrecht erhalten, um auch später jeden der in seinem "decree" aufgenommenen Grundsätze durchzusetzen bzw. ihre Befolgung zu überwachen. Im "equity"-Verfahren liegt daher die Hauptwaffe, die dem Richter zur Durchsetzung der im Antitrustrecht formulierten Ziele an die Hand gegeben ist. Die beklagte Partei hat im "equity"-Verfahren die Möglichkeit, mit Einverständnis des Klägers ein sog. "consent-decree" zu erreichen, d.h. der Beklagte erkennt die Gründe der Klage an und erklärt sich insbesondere mit den in der Klage geforderten Maßnahmen zur Abhilfe der Rechtsverletzung einverstanden. Das erspart beiden Parteien einen langwierigen Prozeß, der oft über Jahre hingehen kann, und hat für die Beklagte weiter den Vorteil, daß sie vor Gericht keine Zahlen und Daten preisgeben muß, aus der die Öffentlichkeit Schlüsse auf die innere Struktur und Wettbewerbsfähigkeit der Beklagten ziehen kann. Allerdings kann auf ein "consent-decree" keine der oben erwähnten privaten Schadensersatzklagen (treble-damage suits) gestützt werden. [12]

---

9) Vgl. beispielsweise In re Procter & Gamble Co., 1963 Trade Cases, transfer binder, Par. 16.673; In re Consolidated Foods Corp., 1963 Trade Cases, transfer binder, Par. 16.182.

10) Sec. 4 Sherman Act: "... (I)t shall be the duty of the several district attorneys of the U.S. ... to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violation ..."

11) Vgl. zum equity-Verfahren McClintock, On Equity, Hornbook Series, 1948.

12) Insoweit ist das "consent-decree" vergleichbar mit der Einlassung des "nolo contendere" im Antitrust-Strafverfahren.
Tatsächlich wird von der Möglichkeit des "consent-decree" sehr häufig Gebrauch gemacht. Zwischen 1935 und 1955 endeten 72 % der von der Regierung angestrengten Antitrust-Verfahren mit einem "consent-decree"; vgl. Att. Gen. Rep. S. 360.

c) Während die Antitrustabteilung des Justizministeriums eine reine Ermittlungs- und Anklagebehörde ist, hat die Federal Trade Commission auch richterliche Funktionen. [13] Als regierungsunabhängige Verwaltungskörperschaft (federal administrative agency) hat sie die Aufgabe, in Fällen, in denen sie eine Verletzung des Antitrustrechts vermutet, vorbeugend Untersuchungen und "hearings" anzustellen und, wenn eine Verletzung zutage tritt, eine "cease and desist order" zu erlassen [14]. Diese "order" ist in ihrer Tragweite vergleichbar mit dem "decree", das im "equity"-Verfahren vom Gericht erlassen wird. Auch hier kann jede Maßnahme angeordnet werden, die notwendig erscheint, einer weiteren Rechtsverletzung vorzubeugen. Wie im "equity"-Verfahren gibt es auch im Verfahren der Federal Trade Commission für die Beklagte die Möglichkeit, eine "consent-order" zu erlangen. Wird die "cease and desist order" von der beklagten Partei nicht befolgt, muß die Federal Trade Commission zur Durchsetzung ihrer Entscheidung das entsprechende Berufungsgericht (Circuit Court of Appeals) anrufen (Sec. 11 b Clayton Act). Die Federal Trade Commission hat außerdem selbst nicht die Möglichkeit, ihre Entscheidung zu vollstrecken. [15] So bleiben auch hier die Gerichte "the ultimate formulators of antitrust policy". Schließlich hat die Federal Trade Commission die Möglichkeit, sog. "stipulations" zu erlassen. Das sind informelle Übereinkommen mit Firmen, bestimmte Geschäftspraktiken in Zukunft zu unterlassen. Von dieser Einwirkungsmöglichkeit wird häufig in Fällen unlauteren Wettbewerbs Gebrauch gemacht. Eine letzte Kontrollmöglichkeit bietet die sog. Trade Practice Conference. Ziel dieses Verfahrens ist es, für bestimmte Wirtschaftszweige im Einvernehmen mit den beteiligten Firmen verbindliche Wettbewerbsregeln aufzustellen, vergleichbar mit denen in §§ 28 ff. GWB mit dem Unterschied, daß hier die Initiative von der Behörde ausgeht. [16]

---

13) Vgl. im einzelnen: Att. Gen. Rep., S. 369 ff.; Neale, Chapter XII., S. 376 ff.

14) Sec. 11 (b) Clayton Act: "... (A)nd shall issue and cause to be served on such person an order requiring such person to cease and desist from such violations ... ." (73 Stat. 243; 15 U.S. C. 21).

15) Nur wenn die Federal Trade Commission nach Sec. 5 Federal Trade Commission Act in Unlauteren Wettbewerbs-Angelegenheiten tätig wird, kann sie nach Ablauf einer Frist, während deren die beklagte Partei untätig bleibt, die Durchsetzung ihrer "order" selbst veranlassen (Sec. 5 (g) und (l) Federal Trade Commission Act).

16) In diesem Zusammenhang interessant sind die von der Federal Trade Com. erlassenen "merger guidelines" für den Lebensmitteleinzelhandel und die Zementindustrie vom 17. Januar 1967.

II. Die Konzeption des amerikanischen Antitrustrechts

1. Nach dieser überblicksweisen Darstellung der Mittel des Antitrustrechts soll nun kurz die Konzeption des amerikanischen Antitrustrechts skizziert werden.

> "Das Hauptziel der Antitrustgesetze ist die Förderung des Wettbewerbs in offenen Märkten".

Mit dieser Feststellung wird der Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws eingeleitet. [17] Darin kommt zum Ausdruck, daß es heutzutage das Hauptziel des Antitrustrechts ist, den Wettbewerb als einen Garanten für die Funktionsfähigkeit einer privaten Marktwirtschaft (competitive private-enterprise economy) zu erhalten.

2. Von dieser rein wirtschaftspolitischen Konzeption wußten die Väter des Sherman Act aus dem Jahre 1890 jedoch noch nichts, oder doch nur sehr wenig. Ihnen ging es im wesentlichen darum, etwas gegen das bedrohliche Anwachsen der großen wirtschaftlichen Machtstellungen, der "trusts", zu unternehmen, das die Öffentlichkeit beunruhigte. [18] Mit dem Sherman Act sollte im wahrsten Sinne des Wortes ein "Anti-Trust"-Recht entstehen. [19] Die Mittel dazu glaubte

---

17) Ebenda S. 1.

18) Die erste große Machtballung, der ursprüngliche Standard Oil Trust of Ohio, erfolgte im Jahre 1879; vgl. Martin, Mergers and the Clayton Act, 1959, S. 4. Im folgenden Jahrzehnt folgte eine ganze Serie weiterer Zusammenschlüsse, die den "trust" als Organisationsform benützten; vgl. Markham, Survey of the Evidence and Findings on Mergers, in Business Concentration and Price Policy 141, 157 (1955). Vgl. allgemein zur Konzentrationsbewegung in der amerikanischen Wirtschaft: Weston, The Role of Mergers in the Growth of Large Firms, S. 31-61 (1953); Nelson, Merger Movements in American Industry 1895-1956 (1959).

19) Vgl. Neale, S. 29; Justice White im Standard Oil-Fall, 221 U.S. 1, 50 (1911): "... (T)he main cause which led to the legislation was the thought that it was required by the economic condition of the times; that is, the vast accumulation of wealth in the hands of corporations and individuals, the enormous development of corporate organisation ... and that combinations known as trusts were being multiplied, and the widespread impression that their power had been and would be exerted, to oppress individuals and injure the public generally."
Vgl. allgemein zur Entstehungsgeschichte des Sherman Act: Thorelli, The Federal Antitrust Policy, Origination of an American Tradition, S. 9-232 (1954).

man den bereits im common law entwickelten Grundsätzen der "rule against agreements in restraint of trade" und dem "ultra vires"-Prinzip, entnehmen zu können. [20] Es galt nur, den begrenzten Geltungsbereich dieses Einzelstaatenrechts zu erweitern und es als "federal law" auf Bundesebene zur Anwendung zu bringen. [21] Nur so erschien es möglich, den über die Grenzen der Einzelstaaten reichenden wirtschaftlichen Verflechtungen wirksam begegnen zu können. An ein wirtschaftspolitisches Konzept, das mit einem Antitrustrecht auf Bundesebene zu verfolgen wäre, dachte man nicht oder doch nur verschwommen. [22]

3. Es blieb der Entwicklung in der Folgezeit, insbesondere der neueren Zeit, vorbehalten, jedenfalls in dieser Klarheit, das Antitrustrecht von einem bloßen Abwehrinstrument gegen übermäßige Konzentration zu einem Instrument umzuformen, mit dem positiv wirtschaftspolitische Zielsetzungen zu verwirklichen sind. [23] Immerhin verfolgten schon die Gesetzgeber von 1890 neben dem negativen Ziel der Zerschlagung wirtschaftlicher Machtstellungen auch das positive Ziel, eine möglichst hohe Zahl kleinerer und mittlerer Unternehmen in den einzelnen Wirtschaftszweigen zu erhalten. Einmal aus sozialpolitischen Gründen: Die Konzentration wirtschaftlicher Machtmittel in den Händen weniger Großunternehmer betrachtete man als eine soziale und politische Katastrophe. [24] Zum

---

20) Vgl. dazu Martin, a.a.O., S. 9.
Zur Herkunft des "agreement in restraint of trade" wird im Standard Oil-Fall (a.a.O., S. 51) ausgeführt: "... (A)t a very remote period the words 'contract in restraint of trade' in England came to refer to some voluntary restraint put by contract by an individual on his right to carry on his trade or calling." Interessant ist auch die Argumentation nach dem "ultra vires"-Prinzip: Danach ist es, wenn nicht ausdrücklich in die Satzung aufgenommen, mit dem Sinn und Zweck einer Gesellschaft nicht vereinbar, daß sich diese Gesellschaft der Kontrolle einer anderen unterordnet bzw. selbst eine andere kontrolliert. (Vgl. Dunbar v. American Telephone and Telegraph Co., 224 Ill. 9 (1906) und State v. Standard Oil Co., 49 Ohio St. 137 (1892).

21) Vgl. U.S. v. Addyston Pipe and Steel Co., 85 F. 271, aff. 175 U.S. 211 (1890); Thorelli a.a.O., S. 226/27.

22) Vgl. Hamilton, Antitrust in Action, U.S. Temporary National Economic Committee Monographs No. 16, 1940, S. 6.

23) Vgl. Kaysen-Turner, Antitrust Policy, 1959, S. 11-22 u. S. 44-99.

24) Die Erfahrungen mit dem englischen Merkantilismus waren noch zu gegenwärtig; vgl. Martin, a.a.O. S. 4. Der Sherman Act wurde demgegenüber als eine "charter of freedom" angesehen, in ihrer Bedeutung vergleichbar mit Normen im Verfassungsrang, die es dem einzelnen Marktteilnehmer

andern aber wohl auch aus wirtschaftlichen Gründen: Man versprach sich bessere wirtschaftliche Resultate von einem Marktmechanismus, der auf einer möglichst hohen Zahl von Einzelentscheidungen basierte. Außerdem empfand man es als unerträglich, daß unter dem wirtschaftlichen Druck der großen die kleinen Unternehmer vom Markt weichen mußten bzw. erst gar nicht die Möglichkeit hatten, in den Markt einzutreten. [25)]

Dieses betonte Eintreten für die Belange des "small business" ist es denn auch, was ganz stark im Vordergrund der Diskussion stand bei Erlaß des Clayton Act im Jahre 1914 [26)] und später bei dessen Änderung durch den Celler-Kefauver Act im Jahre 1950. [27)] In beiden Fällen war jeweils eine starke Konzentrationsbewegung in der Wirtschaft vorangegangen, die den Fortbestand eines "free enterprise system" in Frage zu stellen drohte. [28)]

4. Fragt man sich, welche Ziele mit dem Instrument des Antitrustrechts heute verfolgt werden, so sind in erster Linie - wie eingangs erwähnt - wirtschaftspolitische Ziele zu nennen: Die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs durch die Begrenzung von Marktmacht; damit die Ermöglichung optimaler Marktergebnisse; und schließlich die Durchsetzung eines "standard of fair conduct" im Verkehr der Wirtschaftssubjekte untereinander. [29)]

Daneben ist aber das sozialpolitische "small business"-Argument, die Forderung, einen breiten Mittelstand kleinerer Unternehmen zu erhalten, einmal, um des

---

Fortsetzung der Fußn. 24) von S. 24:
ermöglichen sollte, frei seine wirtschaftliche Entscheidung zu treffen (vgl. Chief Justice Hughes in Appalachian Coals, Inc. v. U.S., 288 U.S. 344, 359-360 (1933)). Ein weiteres Anwachsen wirtschaftlicher Machtstellungen auf Kosten der kleinen Unternehmer mußte zwangsläufig zu einer umfassenderen Kontrolle durch die Regierung führen; die Freiheit würde dadurch weiter eingeschränkt, was schließlich zu einer neuen Form des Totalitarismus führen müsse.

25) Vgl. Kaysen-Turner a.a.O. S. 19.

26) Vgl. Martin a.a.O. S. 43 ff.

27) Vgl. Martin a.a.O. S. 227 ff.

28) Für eine Analyse der drei großen Konzentrationsbewegungen von 1887 bis 1904, 1919 bis 1930 und 1940 bis 1947 vgl. Markham a.a.O. S. 141 ff.; derselbe, Merger Policy Under the New Section 7: A Six-Year Appraisal, 43 Va. L. Rev. 488, 500 ff (1957).

29) Vgl. im einzelnen Kaysen-Turner a.a.O. S. 11 ff und S. 44 ff; Neale S. 419 ff.

Mittelstands selbst willen, zum anderen, um das System der "checks and balances" aufrechtzuerhalten, ein wesentlicher Pfeiler des amerikanischen Antitrust-Konzeptes geblieben. [30]

Diese beiden Komponenten des amerikanischen Antitrustrechts, die wirtschaftspolitische und die sozialpolitische, werden bei der nun folgenden Betrachtung einzelner Entscheidungen zum Problem der Unternehmenskonzentration mit unterschiedlicher Akzentuierung immer wieder in Erscheinung treten. [31]

§ 2 ÜBERBLICK ÜBER DIE KASUISTIK DER AMERIKANISCHEN OBERGERICHTE, INSBESONDERE DES SUPREME COURT

I. Die Entwicklung unter dem Sherman Act bis 1950

Dieser erste Abschnitt der Entwicklung steht im Zeichen des Versuchs der Bewältigung des Konzentrationsproblems mit den Mitteln des Sherman Act. [32]

Obwohl dieses Gesetz schon im Jahre 1890 unter dem Eindruck des Beginns der ersten großen Fusionswelle in den Vereinigten Staaten [33] vom Kongreß erlassen wurde, dauerte es relativ lange, ehe die Gerichte den Bestimmungen im einzelnen zur Durchsetzung verhalfen. Insbesondere die Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 1895 in United States v. E.C. Knight Co. [34] und die darin vorgenommene Auslegung des Sherman Act machte diesen praktisch für einige Jahre zum toten Buchstaben, soweit Herstellermonopole betroffen waren. In dem

---

30) Vgl. dazu Bok, Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics, 74 Harv. L. Rev. 226, 236 - 237 (1960), der diese zweite Zielsetzung des amerikanischen Antitrustrechts wie folgt umschreibt: "... (C)ompetition appeared to possess a strong socio-political connotation which centered on the virtues of the small entrepreneur to an extent seldom duplicated in economic literature." (a.a.O.)

31) Vgl. beispielsweise Judge L. Hand in U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d. 416, 427 (2d Cir. 1945); Justice Douglas in U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 536 (1948) und in neuester Zeit Justice Black in U.S. v. Von's Grocery Co., 16 L.Ed. 2d 555, 561 (1966).

32) Vgl. den Wortlaut des Gesetzes oben S. 18/19.

33) Von 1887 - 1904; vgl. auch oben Anm. 28.

34) 156 U.S. 1 (1895).

Fall ging es um einen "trust", der durch ständigen Ankauf von weiteren Aktien schließlich nahezu 100 % der amerikanischen Zuckerproduktion kontrollierte. Der Supreme Court entschied, daß Sec. 2 Sherman Act dennoch nicht verletzt sei, da diese Bestimmung ihrem Wortlaut entsprechend nur die Monopolisierung des Handels, nicht aber die der Produktion verbiete. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf der Ebene des zwischenstaatlichen Handels sei lediglich eine indirekte. [35] Damit war allen weiteren Konzentrationsbestrebungen Tür und Tor geöffnet. Die Entscheidung löste dann auch eine erhebliche Steigerung der schon angelaufenen Fusionswelle in den Vereinigten Staaten aus. [36] Erst mit der Entscheidung des Supreme Court im Fall Northern Securities Co. v. United States [37] aus dem Jahre 1904 wurde dieser Entwicklung Einhalt geboten. Mit ihr setzt eine große Wende ein in der Anwendung des Sherman Act im allgemeinen und gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen im besonderen. [38]

1. Northern Securities Co. v. United States [37]:
Der Beginn einer neuen Ära

Dieser Fall ist der erste in einer Reihe gleichgelagerter Fälle, die als die sog. "railway-merger cases" bekannt geworden sind. [39] Diese Entscheidungen schienen zunächst durch den noch zu besprechenden Columbia Steel-Fall [40] als "precedents" an Autorität eingebüßt zu haben [41]; durch eine neuere Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 1964, den sog. Lexington Bank-Fall [42], haben sie jedoch erneut, wie noch darzustellen sein wird, an Aktualität gewonnen. [43] Es erscheint daher angebracht, sie im folgenden in die Darstellung mit aufzunehmen; doch zunächst zurück zum Northern Securities-Fall.

---

35) A. a. O.
36) Vgl. Martin a. a. O., S. 13 ff.
37) 193 U.S. 197 (1904).
38) Vgl. Thorelli a. a. O., S. 9 - 232.
39) Vgl. dazu ferner U.S. v. Union Pacific Ry. Co., 226 U.S. 61 (1912); U.S. v. Reading Co., 253 U.S. 26 (1920); U.S. v. Lehigh Valley Railroad Co., 254 U.S. 225 (1920); U.S. v. Southern Pacific Co., 259 U.S. 214 (1922).
40) U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495 (1948).
41) A. a. O., S. 531, Fußnoten 27 - 29;
vgl. im einzelnen unten S. 59, insbes. Anm. 174.
42) U.S. v. First National Bank and Trust Co. of Lexington, 376 U.S. 665 (1964).
43) A. a. O., S. 671-72; siehe im einzelnen unten S. 66.

Gegenstand dieser Entscheidung war der Zusammenschluß zweier großer, transkontinentaler Eisenbahngesellschaften, die sich auf parallellaufenden Linien von den Great Lakes und dem Missisippi zur Pazifischen Küste im Personen- und Frachtverkehr aktiven Wettbewerb leisteten. Die Mehrheit beider Gesellschaften wurde in einer Holdinggesellschaft, der Northern Securities Company, zusammengefaßt. Diese hatte die Aufgabe, die einheitliche Leitung und Koordinierung beider Eisenbahngesellschaften zu übernehmen, wodurch der Wettbewerb zwischen beiden Unternehmen unterbunden wurde. Obwohl noch Wettbewerb seitens anderer Eisenbahngesellschaften bestand, genügte dies dem Gericht bereits, einen "restraint of commerce" i.S. von Sec. 1 Sherman Act anzunehmen und den Zusammenschluß für illegal zu halten, oder wie Justice Harlan es in dem von ihm formulierten Mehrheitsvotum ausdrückte:

> "... it need not be shown that the combination, in fact, results or will result, in a total suppression of trade or in a complete monopoly, but it is only essential to show that, by its necessary operation it tends to restrain trade or commerce ....."[44]

Es wurde nicht für notwendig befunden, daß, als eine Konsequenz des Zusammenschlusses, andere Wettbewerber gehindert, ausgeschlossen oder sonst benachteiligt wurden; es erschien ausreichend, daß der zwischen den sich zusammenschließenden Unternehmen ehemals vorhandene Wettbewerb durch den Zusammenschluß ausgeschaltet wurde und beide Unternehmen zusammen einen wesentlichen Marktanteil (substantial share of the market) innehatten.

Interessant ist demgegenüber der Standpunkt, den Justice Holmes in seiner "dissenting opinion" einnahm:

> "...there is no combination in restraint until something is done with the intent to exclude strangers to the combination from competing with it in some part of the business which it carries on. The same should be right in case of Sec. 2 Sherman Act." [45]

Für Justice Holmes ist danach die Tatsache des Zusammenschlusses allein nicht ausreichend für die Annahme eines "restraint of trade"; nach seiner Auffassung kann erst ein aus dem Zusammenschluß resultierendes, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten Gegenstand einer Verletzung des Sherman Act sein.

Damit sind bereits in einem so frühen Stadium der Entwicklung zwei wesentliche Positionen angesprochen, die man bei der Auslegung des Sherman Act einneh-

---

44) Northern Securities Co. v. U.S., 193 U.S. 197, 332 (1904).
45) A.a.O., S. 409.

men kann. Wer der Auffassung ist, daß eine Wettbewerbsbeschränkung schon in der Veränderung der Marktstruktur und der sich daraus ergebenden gesteigerten Möglichkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens auf dem Restmarkt gegeben ist, wird sich dem Votum von Justice Harlan anschließen. Wer dagegen die Meinung vertritt, daß eine Wettbewerbsbeschränkung begriffsnotwendig wettbewerbsbeschränkendes Verhalten auf dem Markt voraussetzt, wird Justice Holmes beipflichten. Diese Fragestellung wird uns im Laufe dieser Untersuchung noch vielfach beschäftigen. Ehe die anderen "railway-merger"-Fälle dargestellt werden, soll kurz auf den zeitlich vorher entschiedenen "landmark case" des amerikanischen Antitrustrechts eingegangen werden, den Standard Oil-Fall von 1911.

2. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States [46]: Das Grundsatzurteil für die Auslegung des Sherman Act

Neben der großen wirtschaftlichen Tragweite, den dieser Fall mit der Zerschlagung des Rockefeller-Ölimperiums für die amerikanische Wirtschaft hatte, gewann diese Entscheidung ihre große Bedeutung insbesondere dadurch, daß in ihr die theoretischen Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Sherman Act gelegt wurden. [47]

Chief Justice White formulierte in dieser Entscheidung erstmals die "rule of reason", eine generelle Auslegungsregel für den Sherman Act. [48] Danach ist nicht jede Absprache oder Monopolisierungshandlung, die den Wortlaut von Sec. 1 bzw. Sec. 2 Sherman Act erfüllt, gesetzwidrig; [49] sie ist es nur, wenn die Auswirkungen des Verhaltens auf die Wettbewerbsverhältnisse "unreasonable" sind und dem öffentlichen Interesse widersprechen. Den Gerichten wird also ein Ermessensspielraum eingeräumt, innerhalb dessen sie bestimmen können, ob ein bestimmtes Verhalten im Hinblick auf seinen Charakter und Einfluß auf die Marktverhältnisse wettbewerbsrechtlich beachtlich ist oder nicht. Bestimmte Verhaltensweisen, wie Preisabsprachen, Absprachen über Produktionskontrollen, Gebietsaufteilung oder Gruppenboykott sind jedoch von dieser Regel ausgenom-

---

46) 221 U.S. 1 (1911).

47) Vgl. die eingehende Würdigung dieser Entscheidung in Att. Gen. Rep. S. 5-12.

48) Vgl. dazu die Darstellung bei Neale, S. 13-23.

49) Noch 1897 hatte der Supreme Court entschieden, daß das Wort "every" in Sec. 1 Sherman Act dahin zu interpretieren sei, daß jede Absprache, die dem Wortlaut von Sec. 1 Sherman Act entspricht, schlechthin gesetzeswidrig sei (U.S. v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897)).

men; für sie wird wegen ihrer restriktiven Natur und der daraus notwendig folgenden schädlichen Wirkung auf den Wettbewerb eine unwiderlegliche Vermutung der Gesetzwidrigkeit angenommen. 50)

Zur Frage des Verhältnisses von Sec. 1 und Sec. 2 Sherman Act führt Chief Justice White aus, daß Sec. 2 als eine Art Ergänzungsvorschrift zu Sec. 1 aufzufassen sei, "to make sure that by no possible guise could the public policy embodied in the 1st section be frustrated or evaded". 51) Zur weiteren Interpretation von Sec. 2 Sherman Act stellt White fest, daß diese Vorschrift kein Verbot einer Monopolstellung (monopoly power) an sich enthalte; hinzukommen müsse vielmehr immer ein weiteres subjektives Element von "purpose and intent" beim

---

50) 221 U.S. 1, 65 (1911). Vgl. zur weiteren Entwicklung dieser als "per se rule" bekannten Beweisregel bei Preisabsprachen: U.S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927); bei Vereinbarungen zur Produktions- und Absatzteilung: U.S. v. Socony Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940); und bei Geschäfts- und Gebietsaufteilungsabsprachen: U.S. v. Addyston Pipe and Steel Co., 175 U.S. 211 (1899). Die "rule of reason" und die "per se rule" haben ihre Bedeutung hauptsächlich im Rahmen des Sherman Act. Im Clayton Act scheint die Entscheidung von vornherein zugunsten der "rule of reason" gefallen zu sein; vgl. den Wortlaut: "... (W)here the effect may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly."

51) A.a.O. S. 60. Dadurch erhält die Tatbestandsvoraussetzung "restraint of trade" in Sec. 1 Sherman Act eine dominierende Bedeutung; "monopolizing" im Sinne von Sec. 2 erscheint demgegenüber nur als eine besondere Ausprägung der ersten Tatbestandsform. Dies und der Umstand, daß in den älteren Fällen immer eine Verletzung sowohl von Sec. 1 als auch von Sec. 2 behauptet und angenommen wird, die Begründung dazu jedoch nie tatbestandsmäßig sauber von einander getrennt wurde, machen es schwer, herauszufinden, auf welchen der Tatbestände die Gerichte ihre Entscheidung in diesen Fällen jeweils im wesentlichen gestützt haben. Vgl. dazu Turner, Antitrust Policy and the Cellophane Case, 70 Harv.L.Rev. 281, 289 (1956); Cox, Competition and Section 2 of the Sherman Act, 27 American Bar Association Antitrust Section 72 (1965). Immerhin scheint im Northern Securities-Fall und den übrigen noch zu behandelnden "Eisenbahn"-Fällen das Schwergewicht der Behandlung mehr auf einer Verletzung von Sec. 1 Sherman Act zu liegen, während im Standard Oil-Fall stärker auf Sec. 2 abgehoben wird.

Erwerb oder bei der Erhaltung der Machtstellung. 52)

Justice White stützte die Entscheidung selbst auf eine Verletzung von Sec. 1 und 2 Sherman Act. In der Tatsache, daß die Standard Oil Co., eine Holding-Gesellschaft in New Jersey, durch ständigen Ankauf von Aktien schließlich 37 Ölgesellschaften kontrollierte, und damit nach 1899 eine absolute Monopolstellung auf dem Gebiet der Ölraffinerie, des Öltransports in Pipelines und des Verkaufs von Raffinerieerzeugnissen innehatte, wurde eine "combination in restraint of trade" gesehen. Gleichzeitig erschien aber auch der "monopolizing"-Tatbestand erfüllt. Über das Vorliegen einer Monopolstellung gab es angesichts des eindeutigen Sachverhalts keinen Zweifel; interessant ist aber die Art und Weise, wie das Vorhandensein des subjektiven Tatbestandselements von "purpose and intent" in Sec. 2 nachgewiesen wurde. Allein aus dem äußeren Umstand, daß Standard Oil im Laufe der Zeit alle seine Wettbewerber systematisch unter seine Kontrolle brachte, was schließlich in einer absoluten Monopolstellung gipfelte, wurde auch das Vorliegen eines darauf gerichteten Vorsatzes gefolgert:

> "(Standard's resulting market position) gives rise, in and of itself, in the absence of countervailing circumstances, to say the least, to the prima facie presumption of intent and purpose to maintain the dominancy over the oil industry". 53)

Danach ist zum Nachweis von "intent and purpose" nicht das Vorliegen sog. räuberischer Geschäftspraktiken (predatory practices) notwendig; solche Praktiken, wie lokale Preisunterbietung, Betriebsspionage, Erzwingung von Vorzugstarifen bei Eisenbahngesellschaften etc. waren allerdings auch im vorliegenden Fall in reichem Maße vorhanden. Vielmehr genügt es, wenn ein bewußtes, die Erlangung oder Erhaltung einer Monopolstellung bewirkendes Verhalten nachge-

---

52) A.a.O., S. 62. Das zusätzliche Erfordernis von "purpose and intent" im "monopolizing"-Tatbestand dürfte im wesentlichen auf den Charakter des Sherman Act als eines Strafgesetzes zurückzuführen sein. Vgl. dazu schon Justice Holmes in seiner dissenting opinion in Northern Securities Co. v. U.S., 193 U.S. 197, 409 (1904) und später Judge Hand in U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945); vgl. ferner Att. Gen. Rep., S. 55, wo dieses subjektive Merkmal in Sec. 2 mit "element of deliberateness" umschrieben wird.

53) A.a.O., S. 75.

wiesen werden kann. [54] Dies ist wichtig zu sehen, da sich spätere Fälle wieder von dieser Auffassung abgewandt haben. [55]

3. Die weiteren "railway-merger"-Fälle

a) United States v. Union Pacific Railroad Co. [56]

Wie im eingangs angeführten Northern Securities-Fall handelt es sich auch hier um den Zusammenschluß zweier großer Eisenbahngesellschaften, der Union Pacific Railroad Co. und der Southern Pacific Railroad Co. Zwar führten beide Eisenbahnlinien aus verschiedenen Richtungen auf die Pazifik-Küste zu. Dennoch seien sie, so argumentierte das Justizministerium, hinsichtlich der Bestimmung der Frachttarife im Ost-West-Verkehr in erheblichem Wettbewerb miteinander gestanden. Die Ausschaltung dieses Wettbewerbs durch den Zusammenschlüß verstoße gegen Sec. 1 Sherman Act. [57]

Der Supreme Court bestätigte diese Auffassung. Der Zusammenschluß stelle einen "restraint of commerce" dar, denn der Ausschluß des Wettbewerbs zwischen den Gesellschaften berge in sich die Möglichkeit zur Erhöhung der Frachttarife und zu einer Verminderung der Bemühungen um einen die Öffentlichkeit zufriedenstellenden Service, und zwar auch dann, wenn das Geschäftsvolumen, mit dem die Gesellschaften im Wettbewerb standen, im Vergleich zum Restmarkt relativ gering sei. Entscheidend sei, daß

> "such competing traffic was large in volume, amounting to many millions of dollars ... . It was by no means a negligible part ... ." [58]

b) United States v. Reading Co. [59]

Ähnlich ist die Begründung für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung auch in diesem Falle. Reading, eine Holding-Gesellschaft, kontrollierte zunächst

---

54) Freilich wurde das Vorhandensein von "predatory practices" im vorliegenden Fall als weiteres Indiz für das Vorliegen von "purpose and intent" mit herangezogen (vgl. die Entscheidung, aaO, S. 76); die Entscheidung ist aber nicht allein darauf gestützt (vgl. Turner, aaO, S. 286 f.).

55) Vgl. z.B. U.S. v. U.S. Steel Co., 251 U.S. 417 (1920), unten S. 34 ff.

56) 226 U.S. 61 (1912). Vgl. zu den "railroad merger cases" insbes. Handler, Industrial mergers and the antitrust laws, 32 Col. L. Rev. 179 (1932) und Att. Gen. Rep., S. 24 Anm. 83.

57) A.a.O., S. 86.

58) A.a.O., S. 88 f.

59) 253 U.S. 26 (1920).

eine Kohlebergbaugesellschaft in Nord-Pennsylvania und eine Eisenbahnlinie, die zur Ostküste führte. Sie gewann dann die Kontrolle über eine weitere Kohlebergbaugesellschaft und eine zweite Eisenbahnlinie hinzu. Die beiden Bergbaugesellschaften förderten etwa 33 % der in Nord-Pennsylvania abgebauten Anthrazitkohle. Die beiden Eisenbahnlinien beförderten einen erheblichen Teil dieser Kohle zu den großen Märkten im Osten des Landes. Wiederum war es, ohne Rücksicht auf den verbliebenen Wettbewerb, die durch den Zusammenschluß herbeigeführte Unterbindung des Wettbewerbs zwischen den vier Gesellschaften, die als eine flagrante Verletzung von Sec. 1 und 2 Sherman Act angesehen wurde.:

> "... (That) brings it, without more, within the condemnation of the Antitrust Act." [60] [61]

c) United States v. Southern Pacific Co. [62]

Dieser letzte der sog. "railway merger cases" hatte den Zusammenschluß von Southern Pacific mit der Central Pacific Railway Co. zum Gegenstand. Beide Gesellschaften standen in Wettbewerb auf dem Gebiet des Gütertransports von Ost nach West und von Mittelwest nach West und umgekehrt. Dabei war es die erklärte Geschäftspolitik von Southern Pacific im Transkontinentalverkehr, durch besonders aufmerksame und schnelle Erledigung von Aufträgen und besonders guten Service Kunden für ihre sehr viel längere Südlinie zu gewinnen, die sonst die kürzere Verbindung über die Central Pacific-Linie und ihre Anschlußlinien genommen hätten. Dieser Wettbewerb war beträchtlich und wurde durch den Zusammenschluß unterbunden. Damit war erneut ein Fall der Verletzung von Sec. 1 Sherman Act gegeben. [63]

---

60) A.a.O., S. 59; vgl. dazu die Interpretation des Falls in American Tobacco Co. v. U.S., 328 U.S. 781, 811 (1946): "...(R)egardless of the use made of it, a power resulting from the deliberately calculated purchase of a control, which enables great competing interstate railroad companies engaged extensively in mining and selling anthracite coal which must be distributed over these railroads, is a menace and an undue restraint upon interstate commerce within the meaning of the Antitrust Act and is in flagrant violation of the Sec. 2."

61) Ein kurz nach dem Reading-Fall vom Supreme Court entschiedener gleichgelagerter Fall ist U.S. v. Lehigh Valley Railroad Co., 254 U.S. 255 (1920). Hier betrug der Anteil der nach dem Zusammenschluß kontrollierten Anthrazitkohleförderung sogar nur 17 %.

62) 259 U.S. 214 (1922).

63) A.a.O., S. 231.

Das durch die vorausgegangenen Entscheidungen im Northern Securities-, Union Pacific- und Reading Co. -Fall entwickelte Recht faßt der Supreme Court wie folgt zusammen:

> "These cases, collectively, establish that one system of railroad transportation cannot acquire another, nor a substantial and vital part thereof, when the effect of such acquisition is to suppress, or materially reduce, the free and normal flow of competition in the channels of interstate trade." 64)

4. United States v. United States Steel Co.: 65)
Zurück zu einer restriktiven Interpretation des Sherman Act

Dieser Fall leitet eine deutliche Wende in der Haltung der amerikanischen Gerichte zum Konzentrationsproblem ein. Mit dieser Entscheidung rückt der Supreme Court von der in den bisher behandelten Fällen gezeigten konzentrationsfeindlichen Tendenz wieder ab zugunsten einer wohlwollenderen Haltung gegenüber der Bildung großer Wirtschaftseinheiten, wohl in der Erwartung, dadurch größere wirtschaftliche und technologische Möglichkeiten zu eröffnen. Das Gericht bringt dies insbesondere durch eine einschränkende Auslegung von Sec. 2 Sherman Act zum Ausdruck.

Die United States Steel Co. wurde 1901, also noch innerhalb der ersten großen Konzentrationswelle, als Holdinggesellschaft gegründet und kontrollierte damals etwa 50 % der amerikanischen Stahlerzeugung. Von 1901 bis 1911 erwarb sie laufend weitere Unternehmen, mit denen sie im Wettbewerb stand, hinzu, um ihren Anteil am ständig wachsenden Markt zu erhalten. Sie bezahlte dabei Preise, die weit über dem wirtschaftlichen Wert der einzelnen Unternehmen lagen,

> "... not based upon their physical or business values, as independent and separate producers, but upon their values in combination; that is upon their values as manufacturing plants and business concerns with competition eliminated." 66)

1920 kontrollierte U.S. Steel 9 andere Holdinggesellschaften, die ihrerseits etwa 180 Unternehmen der Stahlindustrie direkt oder indirekt kontrollierten. Der Anteil am amerikanischen Stahlmarkt betrug immer noch etwa 50 %. Mit den verbliebenen Wettbewerbern wurden auf den berüchtigten "Gary-dinners" umfassende Preisabsprachen getroffen.

---

64) A.a.O., S. 230 f.
65) 251 U.S. 417 (1920).
66) A.a.O., S. 458 f.

Das Justizministerium argumentierte, daß die einzelnen Unternehmenserwerbungen den "monopolizing"-Tatbestand erfüllten, da sie einzig und allein zur Erhaltung der marktbeherrschenden Stellung von U.S. Steel getätigt worden seien.

Der Supreme Court war dagegen mit einer ganz knappen Mehrheit (4 gegen 3 Stimmen bei zwei abwesenden Richtern) der Auffassung, daß U.S. Steel mit 50 % Marktanteil nie eine "monopoly"-Stellung auf dem Stahlmarkt erreicht hatte, und Sec. 2 Sherman Act daher gar nicht tangiert sein könnte. Dies zeigten die Preisabsprachen, die U.S. Steel mangels Macht, die Preise zu diktieren, mit seinen Wettbewerbern zu treffen genötigt gewesen sei. [67]

Wenn aber, so folgerte das Gericht weiter, eine beherrschende Stellung nicht erreicht worden sei, so könne nur die erlangte wirtschaftliche Größe Gegenstand einer Rechtsverletzung sein. Aber, und dann folgt der viel zitierte Satz, der für nahezu zwei Jahrzehnte das amerikanische Antitrustrecht beherrschen sollte:

> "The law does not make mere size an offence or the existence of unexerted power an offence." [68]

Das Gericht führte weiter aus, daß der Sherman Act nur ein offensichtlich aggressives Verhalten (overt acts) verbiete; das Gesetz zwinge niemand zum Wettbewerb, noch verlange es den ganzen Wettbewerb, der unter den jeweiligen Umständen möglich sei. [69] [70]

In seiner "dissenting opinion" weist Justice Day unter offensichtlicher Anspielung auf die "railway merger cases" - die Mehrheitsvoten von zwei dieser Entscheidungen stammen aus seiner Feder [71] - darauf hin, daß U.S. Steel schon durch die laufende Angliederung von weiteren Stahlerzeugerfirmen gegen den Sherman Act verstoßen habe. Der vollständige Ausschluß des Wettbewerbs zwischen U.S. Steel und dem jeweils angegliederten Stahlerzeuger durch den Zusammenschluß stelle in jedem einzelnen Falle eine Wettbewerbsbeschränkung

---

67) A.a.O., S. 452.

68) A.a.O., S. 451.

69) A.a.O.

70) Im gleichen Sinne war schon zuvor im Fall U.S. v. United Shoe Machinery Co. of New Jersey, 247 U.S. 32 (1918) entschieden worden. Auch hier wurde eine ganze Serie von Unternehmenserwerbungen durch USM, die schließlich nahezu zum Vollmonopol führte, als normales Geschäftsgebaren gewertet, das keinen Anlaß zu einem Eingriff bietet. In beiden Fällen schrieb Justice McKenna das Mehrheitsvotum.

71) Vgl. oben den Union Pacific- und den Southern Pacific-Fall.

dar. [72] Außerdem sei es falsch, als Voraussetzung für Sec. 2 Sherman Act ein Vollmonopol zu verlangen.

> "To insist upon such result would be beyond the requirements of the statute and in most cases practicably impossible." [73]

Daß für die Rechtsüberzeugung in der Folgezeit das Mehrheitsvotum maßgebend blieb, macht der International Harvester-Fall deutlich. [74]

5. United States v. International Harvester Company: [75]
Bestätigung der sog. abuse theory

a) Dieser Fall zeigt noch einmal sehr deutlich den Wandel in den Auffassungen der Gerichte zum Problem der Unternehmenskonzentration während der 20iger Jahre. Anlaß zur ursprünglichen Klage des Justizministeriums im Jahre 1912 war die Gründung der International Harvester Co. (IHC) im Jahre 1902 zum Zwecke des Zusammenschlusses von fünf großen selbständigen Gesellschaften, die Erntemaschinen produzierten und vertrieben. Diese fünf Gesellschaften hatten zur Zeit des Zusammenschlusses einen Anteil von insgesamt mehr als 85 % am amerikanischen Erntemaschinenmarkt. Die IHC versuchte in der Folgezeit, durch weitere Fusionstätigkeit auch in den Markt für andere Landwirtschaftsmaschinen vorzudringen. Sie konnte sich auch insoweit bis zum Zeitpunkt der Klage einen Marktanteil von 30 % sichern.

Das Distriktgericht von Minnesota entschied 1914 [76], daß, obwohl die Beweisaufnahme keine unlauteren Praktiken von IHC gegenüber ihren Wettbewerbern ergeben habe, und auch die Art und Weise, wie die einzelnen Zusammenschlüsse vollzogen worden seien, nicht angreifbar wäre, dennoch Sec. 1 und Sec. 2 Sherman Act verletzt seien. Die IHC stelle eine "combination in restraint of trade" dar, durch die der Wettbewerb zwischen den fünf zusammengefaßten

---

72) 251 U.S. 417, 459 (1920).

73) A.a.O., S. 465.

74) Es ist sicher nicht reiner Zufall, daß in zeitlicher Übereinstimmung mit der U.S. Steel-Entscheidung des Supreme Court die zweite große Fusionswelle in den Vereinigten Staaten beginnt (1919-1930), die ihren Höhepunkt Ende der Zwanziger Jahre erreichte. Über 1200 Unternehmen verschwanden in dieser Zeit vom amerikanischen Markt jährlich; vgl. Markham, Survey of the Evidence and Findings on Mergers in: Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 141 ff., S. 167 ff.

75) 274 U.S. 693 (1927).

76) U.S. v. International Harvester Co., 214 Fed. 987 (D. Minn. 1914).

Gesellschaften völlig zum Erliegen gekommen sei. Die Tatsache der Konzentration von 85 % der Erntemaschinenproduktion erfülle auch den "monopolizing"-Tatbestand, wobei das Vorhandensein von "purpose and intent" aus der Tatsache der fortlaufenden Folge gezielt vorgenommener Angliederungen rivalisierender Unternehmen geschlossen werden könne. Die IHC müsse daher in mindestens drei unabhängige Unternehmen aufgeteilt werden. Nachdem dieses "decree" jedoch noch mehrmals durch das Distriktgericht selbst abgemildert wurde, wurde es im Jahre 1920 schließlich als nicht mehr notwendig ganz aufgehoben. [77]

Darauf erhob das Justizministerium im Jahre 1923 erneut Klage, die dann zu der Supreme Court-Entscheidung von 1927 führte. Darin ist der Supreme Court entgegen der ursprünglichen Auffassung des Distriktgerichts und unter Heranziehung der inzwischen ergangenen U.S. Steel-Entscheidung der Meinung, daß an den Zusammenschlüssen nichts ausgesetzt werden könne, da sie sich im Rahmen normalen Geschäftsverhaltens gehalten hätten. Die Tatsache der erreichten Machtposition sei ebenfalls irrelevant, "when unaccompanied by unlawful conduct in the exercise of (that) power." [78]

Der Supreme Court bestätigte sodann das zuletzt erlassene "decree" des Distriktgerichts. [79]

b) Genügte es vor dem United States Steel- und dem International Harvester-Fall, daß aufgrund eines Zusammenschlusses von Unternehmen in erheblichem Maße Wettbewerb ausgeschaltet wurde, der vorher zwischen diesen Unternehmen bestanden hatte, um eine "combination in restraint of trade" im Sinne von Sec. 1 Sherman Act anzunehmen bzw. daß aufgrund von Zusammenschlüssen eine marktbeherrschende Stellung erreicht oder ausgebaut wurde, um den "monopolizing"-Tatbestand von Sec. 2 Sherman Act als erfüllt anzusehen, wobei zum Nachweis von "purpose and intent" die Tatsache der Vornahme des Zusammenschlusses genügte, so sind diese Voraussetzungen nunmehr nicht mehr ausreichend. [80] Vielmehr ist es jetzt notwendig, daß sich der Unrechtsgehalt des Verhaltens, das vom Sherman Act erfaßt werden soll, in diesem Verhalten

---

77) Vgl. die Supreme Court-Entscheidung, a.a.O., S. 696 bis 698.

78) A.a.O., S. 708.

79) Obwohl anfechtbar in der Begründung erscheint diese Entscheidung im Ergebnis richtig, da die beherrschende Stellung von IHC auf dem Erntemaschinenmarkt langsam zurückgegangen war und 1923 nur noch 64,1 % ausmachte (vgl. die Supreme Court-Entscheidung a.a.O., S. 709).

80) Vgl. Kaysen-Turner, Antitrust Policy, 1959, S. 106; Handler, Industrial Mergers and the Antitrust Laws, 32 Col. L. Rev. 179, 237 (1932).

selbst niederschlägt. Normales Geschäftsverhalten ist unabhängig von seinen Wirkungen, die es auf den Wettbewerb haben mag, nicht verbotswidrig. Für Sec. 2 Sherman Act bedeutet dies, daß für den Verstoß der Monopolisierung offensichtlich mißbräuchliches, sittenwidriges Verhalten vorliegen muß, oder wie Turner es ausdrückt:

> "...(E)ither illegal practices or at the least, practices sufficiently coercive or abnormal to warrant a finding of conscious, specific intent to monopolize." [81]

Rufen wir uns die oben dargestellte Auffassung in Erinnerung, die Justice Holmes in seiner "dissenting opinion" im Northern Securities-Fall vertreten hat [82], daß nämlich zunächst ein verbotswidriges Verhalten, das sich insbesondere gegen andere Wettbewerber richtet, vorliegen müsse, ehe ein Verstoß gegen den Sherman Act angenommen werden könne, so scheint es, daß Holmes mit dieser Auffassung in der im U.S. Steel- und International Harvester-Fall entwickelten Doktrin eine späte Anerkennung gefunden hat.

c) Diese als Mißbrauchstheorie [83] bekannte Doktrin wurde erstmals wieder in Frage gestellt in der berühmten Entscheidung von Judge Learned Hand in United States v. Aluminum Co. of America aus dem Jahre 1945. [84] Zuvor war es allerdings schon Justice Cardozo, der diese Theorie in einem dictum in der Supreme Court-Entscheidung United States v. Swift & Co. [85] aus dem Jahre 1932 wie folgt einschränkte:

> "Mere size according to the holding of the Court, is not an offense against the Sherman Act unless magnified to the point at which it amounts to a monopoly (U.S. Steel, International Harvester), but size carries with it an

---

81) Turner, Antitrust Policy and the Cellophane Case, 70 Harv. L. Rev. 281, 287 (1956).

82) Northern Securities Co. v. U.S., 193 U.S. 197, 409 (1904); vgl. oben S. 28.

83) Vgl. dazu Hale and Hale, Market Power: Size and Shape under the Sherman Act, 1958, S. 18-88, insbes. S. 23 ff. und Levi, The Antitrust Laws and Monopoly, 14 U. Chi. L. Rev. 153 (1947), der auf S. 160 die Mißbrauchstheorie wie folgt beschreibt: "The abuse theory which the Steel and Harvester cases fastened on to the act was realy the notion that only alarming and ungentlemenly conduct - involving, for example, the use of slander concerning one's competitors ... would be sufficient to invoke the Sherman Act against the crime of monopolizing."

84) 148 F. 2d 416 (2d. Cir. 1945).

85) 286 U.S. 106 (1932).

opportunity for abuse that is not to be ignored when the opportunity is proved to have been utilized in the past." 86)

Diese Abschwächung der Mißbrauchstheorie blieb jedoch ohne praktische Wirkungen bis zum Urteil im eben zitierten Alcoa-Fall.

Ehe jedoch dieser Fall behandelt wird, soll kurz auf einen viel älteren, oft übersehenen Fall aus dem Jahre 1916 eingegangen werden, der ebenfalls von Judge L. Hand entschieden wurde und in dem schon vieles von dem vorweggenommen ist, was später im Alcoa-Fall als Sensation empfunden wurde.

6. United States v. Corn Products Refining Co. 87)

Die Corn Products Refining Co. war auf dem Gebiet der Traubenzucker- und Stärkeherstellung tätig. Nachdem sie in heftige Preiskriege mit ihren Wettbewerbern verwickelt wurde, schloß sie sich im Jahre 1906 mit einem großen Teil von ihnen zusammen mit dem Ergebnis, daß sie nunmehr 100 % der amerikanischen Traubenzuckerherstellung und etwa 64 % der nationalen Stärkeherstellung kontrollierte. Diese Marktanteile gingen in der Folgezeit wegen einer starken Ausweitung des Marktes, mit der Corn Products und die ihr angeschlossenen Gesellschaften nicht Schritt halten konnten, zurück auf 53 % auf dem Traubenzuckermarkt und 58 % auf dem Stärkemarkt im Jahre 1914. Auf dem Gebiet der Traubenzuckerprodukte waren es jedoch immer noch 90 %. 88)

Die Auffassung von Corn Products, daß diese Prozentsätze nicht exakt seien, daß beispielsweise in den vom Gericht angenommenen Stärkemarkt neben Maisstärke auch Kartoffel-, Sago- und Weizenstärke aufzunehmen sei, wodurch sich der Marktanteil von Corn Products erheblich senke, wies Judge Hand zurück mit der Begründung, daß diese Produkte zwar nach Art, Gebrauch und Verbrauchereinschätzung sehr ähnlich, wenn nicht identisch seien, daß aber die Produktionskosten für Maisstärke niedriger seien als die der verwandten Produkte, und daß Corn Products daher innerhalb dieses Kostenvorteils eine Monopolstellung einnehme. Diese Monopolstellung sei zwar begrenzt durch eben diesen Kostenunterschied; innerhalb dieser Grenzen sei sie jedoch echt. 89)

Damit gibt Judge Hand zugleich eine verfeinerte Definition von "monopoly power". War es bisher die unumschränkte Macht, die Preise festzusetzen und

---

86) A. a. O., S. 116.
87) 234 Fed. 964 (S. D. N. Y. 1916), appeal dismissed, 249 U. S. 621 (1918).
88) A. a. O., S. 973-974.
89) A. a. O., S. 975.

Wettbewerber vom Markt auszuschließen oder zu vernichten [90], so ist es nun, nach Hands Formulierung, die Möglichkeit, die Preise innerhalb einer nicht unerheblichen Spanne zu variieren und, entsprechend, die Möglichkeit, Wettbewerber ganz oder zu einem erheblichen Maße auszuschalten, wenn dies zu tun beliebt. [91]

Nachdem Judge Hand so durch eine sehr enge Definition des relevanten Marktes zur Annahme von beherrschenden Stellungen auf den jeweiligen Märkten gekommen ist (Anteile von 55 %, 54 % und 90 % erschienen ausreichend), untersucht er die bis dahin vom Supreme Court in Standard Oil, American Tobacco und Union Pacific [92] entwickelte Interpretation des Sherman Act und faßt sie wie folgt zusammen:

> "... (I)t is the mere possession of an economic power, acquired by some form of combination and capable, by its own variations in production, of changing and controlling price, that is illegal. It is not necessary in any view that the combination should exclude, or be able to exclude, all others .... it is the power and not its exercise which is the test." [93]

Danach kommt Hand zu dem Ergebnis, daß die von Corn Products vorgenommenen Zusammenschlüsse "combinations in restraint of trade" i.S. von Sec. 1 Sherman Act und außerdem eine unzulässige Monopolisierung der relevanten Märkte i.S. von Sec. 2 darstellen. Letzteres wird, wie oft, nicht ausdrücklich erklärt, ist aber deutlich aus dem Zusammenhang der vorgebrachten Argumente zu entnehmen. [94]

Der Satz aber: "... (I)t is the power and not its exercise which is the test" stellt die erste klare Formulierung der sog. "structure theory" [95] dar, die erst 29 Jahre später mit dem nun zu behandelnden Alcoa-Fall, dem ersten der sog.

---

90) Vgl. Standard Oil Company of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1,54 (1911).

91) Vgl. dazu Turner, Antitrust-Policy and the Cellophane Case, 70 Harv. L. Rev. 281, 288 (1956).

92) Standard Oil Company of New Jersey v. U.S., vgl. Anm. 90; U.S. v. American Tobacco Company, 221 U.S. 106 (1911); U.S. v. Union Pacific Railroad Co., 226 U.S. 61 (1912).

93) A.a.O., S. 1012.

94) A.a.O.

95) Vgl. dazu Hale and Hale, a.a.O., S. 89 bis 169.

"New Sherman Act Cases" [96], ihre große Beachtung finden sollte. [97]

7. United States v. Aluminum Co. of America [98]: Die sog. "structure theory"

Die Aluminum Co. of America (Alcoa) wurde 1888 in Pennsylvania gegründet. Sie verfügte bis 1909 aufgrund von Herstellungspatenten über die absolute Kontrolle in der amerikanischen Aluminiumerzeugung. Diese Position konnte Alcoa auch nach 1909 aufrechterhalten, nachdem die Patente ausgelaufen waren, indem sie Ausschließlichkeitsverträge mit den großen Energieversorgungsunter-

---

96) Vgl. dazu Rostow, The New Sherman Act: A Positive Instrument of Progress, 14 U.Chi. L. Rev. 567 (1947); ders., Monopoly under the Sherman Act: Power or Purpose? 43 Ill. L. Rev. 745 (1949);
Levi, The Antitrust Laws and Monopoly, 14 U. Chi. L. Rev., 153 (1947); ders., A Two Level Anti-Monopoly Law, 47 Nw. U.L. Rev. 567 (1952).

97) Hale and Hale, a.a.O., S. 93.
Die im folgenden zu behandelnden Fälle passen strenggenommen nicht in den Rahmen des hier Darzustellenden. Sie betreffen nicht Zusammenschlußvorgänge zwischen Unternehmen, wie sie im Zusammenhang dieser Betrachtung in erster Linie von Interesse sind (sog. combination cases, die von Sec. 1 und Sec. 2 Sherman Act erfaßt werden können), sondern sie betreffen Monopolisierungstendenzen, die von einem einzigen Unternehmen ausgehen (sog. single-firm monopoly cases, die notwendig nur von Sec. 2 Sherman Act erfaßt werden können).
Wegen der großen Bedeutung für die Fortentwicklung des Rechts unter dem Sherman Act im allgemeinen und wegen der Rückschlüsse, die diese Entwicklung auf das Recht der "combination cases" zuläßt, erscheint es jedoch notwendig, die sog. single-firm monopoly cases in die Betrachtung mit einzubeziehen. (Vgl. zur Terminologie und Abgrenzung Kaysen-Turner, Antitrust Policy, S. 106/107; Turner, Antitrust Policy and the Cellophane Case, 70 Harv. L. Rev. 281 (1956). Nach Turner sind auch Standard Oil und U.S. Steel als "single-firm monopoly cases" zu bezeichnen. Dies ist jedoch nur ein Aspekt der Fälle; ein anderer sind die Zusammenschlüsse, durch die die Unternehmen ihre Machtstellung erreicht hatten.

98) 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Vgl. dazu die ausgezeichnete Darstellung dieses Falls bei Neale, S. 109-116 und das "restatement" des in Alcoa fortentwickelten Rechts in Att. Gen. Rep. S. 43-62.

nehmen im Lande abschloß - der Herstellungsprozeß von Aluminium aus Bauxit verschlingt riesige Mengen von Energie-, wodurch potentielle Wettbewerber von vornherein stark benachteiligt wurden; und indem sie in Lieferabsprachen mit ausländischen Konkurrenzfirmen trat. Im Jahre 1912 wurden diese Verträge jedoch gerichtlich beanstandet und aufgehoben. [99] Dennoch produzierte Alcoa im Jahre 1945 immer noch 90 % des in den Vereinigten Staaten verbrauchten originären Aluminiums (virgin ingot aluminum). Dies war dadurch möglich, daß Alcoa aufgrund ihrer großen Lieferkapazität jederzeit in der Lage war, auftretende Nachfragesteigerungen aufzufangen und so das Eintreten potentieller Wettbewerber in den Markt von vornherein zu verhindern. [100] Dieses zuletzt skizzierte Verhalten war Gegenstand der Klage im vorliegenden Fall.

Das Justizministerium trug vor, Alcoa habe sich durch dieses Verhalten der unzulässigen Monopolisierung i.S. von Sec. 2 Sherman Act schuldig gemacht.

In seiner Entscheidung untersuchte Judge Hand zunächst, ob Alcoa überhaupt Monopolmacht besitze. Diese sei dann gegeben, wenn die Macht bestehe, die Preise festzusetzen und Wettbewerber vom Markt auszuschließen. [101]

a) Dazu war zunächst einmal der für Alcoa relevante Markt zu bestimmen. Alcoa selbst argumentierte hierzu, daß zu dem von ihr selbst produzierten originären Aluminium noch das sog. "secondary aluminum" hinzuzurechnen sei, das aus Altaluminium gewonnen werde. Werde dieses aber in den Markt mit eingeschlossen, dann betrage der Anteil von Alcoa an der Gesamtproduktion nur noch 64 %; Alcoa könne dann nicht mehr als marktbeherrschend angesehen werden. Hand entschied jedoch wie zuvor im Corn Products-Fall zugunsten einer engen Definition des relevanten Marktes. [102] Danach sei "secondary aluminum" vom Markt auszuklammern, da es letzten Endes auf originäres Aluminium zurückgehe, das einst von Alcoa als dem einzigen Inlandsproduzenten hergestellt worden sei, und dessen Rückfluß auf den Markt durch eine entsprechende Steuerung der Produktion originären Aluminiums durch Alcoa kontrolliert werden

---

99) A.a.O., S. 422.

100) A.a.O., S. 423 und 430.

101) A.a.O., S. 428.

102) Im Verlaufe dieser Überlegungen ergeht das vielzitierte dictum von Judge Hand: "That percentage (over ninety) is enough to constitute a monopoly; it is doubtful whether sixty or sixty four per cent would be enough; and certainly thirty-three per cent is not" (a.a.O., S. 424).

könne. [103]

b) Mit dieser gewiß anfechtbaren Begründung war der relevante Markt der Alcoa auf die Produktion von originärem Aluminium beschränkt. Nachdem Alcoa 90 % dieser Produktion auf sich vereinigte, stand damit ihre Monopolstellung, im Ergebnis sicher richtig [104], außer Zweifel. Die restlichen 10 % des Marktes stellten importiertes Aluminium dar. Hand bemerkte dazu, daß dieser Anteil zwar einen gewissen Druck auf Alcoa ausübte, daß aber Alcoa durch die zusätzliche Kostenbelastung, der das importierte Aluminium durch Zölle und längere Transportwege ausgesetzt sei, genügend Spielraum für Preismanöver verbleibe. Der Monopolstellung von Alcoa seien insoweit zwar gewisse Grenzen gesetzt; innerhalb dieser sei die Monopolstellung aber echt. [105]

c) Die nächste Frage, die Judge Hand aufwarf, war die, ob Alcoa, nachdem deren Monopolstellung auf dem Markt festgestellt war, diesen Markt auch in vorwerfbarer Weise "monopolisiert" hat. Alcoa brachte dazu vor, daß sie weder ihre Machtposition durch verbotswidriges Verhalten aufrechterhalten, noch sonst in vorwerfbarer Weise auszunutzen versucht habe und sie daher angesichts der

---

103) A.a.O., S. 424/425.
Interessant ist, daß einige Jahre später, als es in einem neuen Verfahren um die auszusprechende Verbotsfolge ging, das Gericht "secondary aluminum" wieder in den relevanten Markt einbezog, da nunmehr weitere Wettbewerber auf dem Markt erschienen waren und Alcoa damit eine direkte Einflußnahme auf das Altaluminium entzogen sei (vgl. U.S. v. Aluminum Co. of America, 91 F. Supp. 333, 355-359 (S.D.N.Y. 1950)). Das Gericht ging sogar noch einen Schritt weiter. Da die auf dem Aluminiummarkt neu hinzugekommenen Wettbewerber vollintegrierte Aluminiumproduzenten seien, sei der relevante Markt nunmehr auf alle Aluminiumprodukte, Rohaluminium einschließlich Fertigprodukte, auszudehnen: "Aluminum can be sold in the form of pig or ingot, or as a semi-fabricated or fully fabricated article. It is with reference to the totality of the markets for these products that the relative shares of the three integrated producers must be considered" (a.a.O., S. 356).

104) Vgl. Neale, S. 111 und Mason, Economic Concentration and the Monopoly Problem, 1957, S. 359.

105) A.a.O., S. 424/425.
Vgl. dazu die Argumentation in U.S. v. Corn Products Refining Co., 234 Fed. 964, 975 (S.D.N.Y. 1916).

Supreme Court-Entscheidung in U.S. Steel den Sherman Act nicht verletzt haben könne. Sie habe insbesondere die ganzen Jahre hindurch nie mehr als 10 % Reingewinn erlöst. Diesem Argument begegnete Hand jedoch mit der Feststellung, daß die bloße Tatsache, daß ein Marktteilnehmer, der eine dominierende Stellung auf dem Markt einnimmt, nie in der Lage war, mehr als einen normalen Gewinn (fair profit) zu erzielen, noch kein Beweis dafür sei, daß ein solcher Gewinn nicht auch zu einem niedrigeren Preis möglich sei. [106]

Darüberhinaus sei ein Monopol nicht schon deswegen "gut" oder entschuldbar, weil es sich "reasonable" verhalte. Eine Vereinbarung, die Preise festzusetzen, sei auch nicht deswegen gesetzmäßig, weil sie den Umständen nach vielleicht angemessen erscheine, sondern sie sei wegen ihrer wettbewerbsfeindlichen Natur "per se" verboten. [107] Es sei aber absurd, diese Verträge bedingungslos zu verurteilen und Monopole unberührt zu lassen,

> "...for the contracts are only steps toward that entire control which monopoly confers: they are really partial monopolies." [108]

Die logische Konsequenz dieses Vergleichs wäre gewesen, auch Monopole per se für verbotswidrig zu erklären; diesen letzten Schritt tat Hand indessen nicht:

> "It does not follow because "Alcoa" had such a monopoly, that it "monopolized" the ingot market: it may not have achieved monopoly; monopoly may have been thrust upon it." [109]

Hand hält danach solche Monopolstellungen für entschuldbar, die ohne eigenes Dazutun des Monopolisten entstehen; er nennt es:

> "... the exception established in favor of those who do not seek, but cannot avoid, the control of the market." [110]

---

106) A.a.O., S. 427.

107) A.a.O., mit Hinweis auf U.S. v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392, 397 - 398 (1927).

108) A.a.O., S. 428.
Es folgt dann ein Hinweis auf die sozialpolitische Zielsetzung des Sherman Act, wonach eine übermäßige Konzentration wirtschaftlicher Macht nicht erwünscht ist, unabhängig, ob ökonomisch gerechtfertigt oder nicht: "Throughout the history of these statutes it has been constantly assumed that one of their purposes was to perpetuate and preserve, for its own sake and inspite of possible cost, an organisation of industry in small units which can effectively compete with each other" (a.a.O., S. 429).

109) A.a.O., S. 429.

110) A.a.O., S. 431.

Auch gegen solche Monopolstellungen, die das Ergebnis eines aktiven Wettbewerbs sind und auf "superior skill, foresight and industry" basieren, könne nichts eingewendet werden, denn

> "the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster". [111]

Der Monopolist muß vielmehr positiv etwas zur Erreichung bzw. zur Erhaltung der Machtstellung beigetragen haben; es muß ein aktives Verhalten vorliegen, in dem sich "purpose and intent" manifestiert haben.

So führt Hand unter Hinweis auf den Union Pacific-, den Reading- und den Southern Pacific-Fall [112] aus, daß Alcoa sicher den Markt "monopolisiert" hätte, wenn sie aus einem Zusammenschluß verschiedener selbständiger Aluminiumerzeuger hervorgegangen und dadurch der Wettbewerb auf dem Markt ausgeschaltet worden wäre, ohne sich im übrigen vorwerfbarer Geschäftspraktiken schuldig zu machen. Das Ergebnis könne aber kein anderes sein, wenn über Jahre hindurch der Eintritt potentieller Wettbewerber in den Markt verhindert werde. Es habe mindestens ein bis zwei Fälle gegeben, in denen "Neulinge" versucht hätten, auf dem Aluminium-Markt Fuß zu fassen. Alcoa habe es jedoch in jedem Fall verstanden, das Feld zu behaupten:

> "It was not inevitable that it should always anticipate increases in the demand for ingot and be prepared to supply them ... we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened, and to face every newcomer with new capacity already geared into a great organization ..." [113]

Dieses Verhalten genüge, um in ausreichender Weise das Vorhandensein von "purpose and intent" darzutun, denn "... no monopolist monopolizes unconscious

---

111) A.a.O., S. 430.
Diese Auffassung habe, so führt Hand weiter aus, ihren weitgehendsten Ausdruck im U.S. Steel- und International Harvester-Fall gefunden. Einschränkend sei aber dazu zu bemerken, daß es sich in beiden Fällen nur um dicta gehandelt habe, die inzwischen durch Justice Cardozo im Swift-Fall eine Modifizierung erfahren hätten. Danach sei, wie bereits oben ausgeführt, wirtschaftliche Größe, ganz gleich auf welche Weise sie erworben sei, dann nicht unbeachtlich, wenn die Vergangenheit gelehrt habe, daß sie zu mißbräuchlichem Verhalten geführt habe. Solche Mißbrauchstatbestände könnten im Falle Alcoa jedoch leicht aufgezeigt werden (a.a.O.).

112) Vgl. oben S. 32 ff.

113) A.a.O., S. 431.

of what he is doing." [114] Alcoa habe somit gegen Sec. 2 Sherman Act verstoßen.

8. Bestätigung der Alcoa-Entscheidung durch den Supreme Court

Die durch die Alcoa-Entscheidung eingeleitete erneute Wendung in der Auslegung des Sherman Act wurde in vier aufeinander folgenden Entscheidungen des Supreme Court bestätigt. [115] In allen vier Fällen ging es allerdings nicht um den einfachen "monopolizing"-Tatbestand der Sec. 2 Sherman Act, sondern um den Vorwurf der "conspiracy to monopolize", so daß es sich also insoweit nur um dicta handelt.

Im ersten, dem American Tobacco-Fall von 1946, wurde die Alcoa-Entscheidung ausdrücklich gutgeheißen [116] und unter Bezugnahme auf die "railway cases" wie folgt fixiert:

> "... (T)he material consideration in determining wether a monopoly exists is not that prices are raised and that competition actually is excluded but that power exists to raise prices or to exclude competition when it is desired to do so." [117]

Im Schine Chain Theatres-Fall, der hier stellvertretend für die restlichen drei "conspiracy"-Fälle zitiert werden soll, machte Justice Douglas, der in allen drei Fällen das Mehrheitsvotum schrieb, folgende Feststellung:

> "Monopoly power is not condemned by the Act only when it was unlawfully obtained. The mere existence of the power to monopolize together with the purpose or intent to do so, constitutes an evil at which the Act is

---

114) A.a.O., S. 432.

115) Die neben dem Alcoa-Fall als "New Sherman Act Cases" bekannten Supreme Court-Entscheidungen sind: American Tobacco Company v. U.S., 328 U.S. 781 (1946); U.S. v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948); Schine Chain Theatres, Inc. v. U.S., 334 U.S. 110 (1948); U.S. v. Paramount Pictures, Inc. 334 U.S. 131 (1948).

116) American Tobacco Co. v. U.S., a.a.O., S. 813/14. Dieser Bestätigung durch den Supreme Court in einem 7:0-Votum hätte es an sich nicht bedurft, da der Circuit Court of Appeals in diesem Fall gesetzlich autorisiert war, anstelle des Supreme Court zu entscheiden (vgl. 32 Stat. 823, C. 544 (1903), as amended by 58 Stat. 272, C. 239, 15 U.S. C.A. § 29 (1944

117) A.a.O., S. 811.

aimed." 118)

9. United States v. United Shoe Machinery Corp.: Präzisierung der Alcoa-Doktrin

a) Eine weitere Präzisierung der Alcoa-Doktrin erfolgte schließlich in der nicht weniger berühmten, sehr ausgewogenen District Court-Entscheidung in United States v. United Shoe Machinery Corp. (USM) durch Judge Wyzanski, die im Jahre 1953 ergangen ist und die 1954 vom Supreme Court bestätigt wurde. 119)

USM, der größte Schuhfabrikationsmaschinenhersteller der Vereinigten Staaten, war aus einer ganzen Serie horizontaler Zusammenschlüsse hervorgegangen, die jedoch im schon erwähnten ersten USM-Fall von 1918 unter dem Einfluß der damals herrschenden Mißbrauchstheorie vom Supreme Court ausdrücklich gebilligt wurden. 120) Zwar gab es zur Zeit der Klageerhebung noch wenigstens zehn andere kleinere Wettbewerber für USM, und es war möglich, die 18 verschiedenen aufeinanderfolgenden Arbeitsgänge im Schuhherstellungsprozeß durch USM-fremde Maschinen auszuführen. USM produzierte jedoch 75 % des Gesamtbedarfs auf dem amerikanischen Schuhmaschinenmarkt - dieser wurde als der relevante Markt angenommen - und stand mit über 90 % der Schuhhersteller in Geschäftsverbindung. 121)

Neben diesem hohen Marktanteil von USM waren es noch zwei andere Gesichtspunkte, die USM's Marktposition weiter festigten und den Zugang zum Markt für andere Wettbewerber sehr erschwerten. Einmal handelte es sich bei den von USM hergestellten Maschinen meist um sehr komplizierte Anlagen, die zwar größtenteils nicht mehr unter Patentschutz standen, die aber schwer zu kopieren und zu deren Herstellung erhebliche Investitionen nötig waren. Dabei stellte USM als einziges Unternehmen ein komplettes, den gesamten Produktionsprozeß für Schuhe umfassendes System her. Zum anderen waren es die Geschäftsbedingungen von USM, die geeignet waren, die Kunden an USM zu binden. Denn USM verkaufte seine Maschinen nicht, sondern vermietete sie lediglich langfristig nach einem sehr komplizierten "leasing"-System. Danach

---

118) Schine Chain Theatres, Inc. v. U.S., a.a.O., S. 130; übereinstimmend: U.S. v. Griffith, a.a.O., S. 107; U.S. v. Paramount Pictures, Inc., a.a.O., S. 173.

119) 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), aff'd per curiam 347 U.S. 521 (1954).

120) U.S. v. United Shoe Machinery Co. of New Jersey, 247 U.S. 32 (1918), vgl. oben Anm. 70.

121) A.a.O., S. 339.

war die Mietdauer auf zehn Jahre festgesetzt; während dieser Zeit war der Kunde verpflichtet, die Maschine, soweit möglich, voll auszunutzen. Wollte er frühzeitig den Vertrag lösen, so mußte er eine hohe Auslösung bezahlen. Dagegen ermäßigten sich die Rückgabekosten auf einen unwesentlichen Betrag, wenn der Kunde die Maschine die volle Mietzeit über behielt. Die Bedingungen wurden noch günstiger, wenn der Kunde erneut eine USM-Maschine übernahm. Der Reparaturdienst war kostenlos. [122]

Das USM-System erfreute sich außerordentlicher Beliebtheit und war auch kostenmäßig sehr günstig: die Maschinenkosten bei der Herstellung der Schuhe machten weniger als 2 % des Großhandelspreises aus. [123]

Gleichwohl hatte das Justizministerium Erfolg mit seiner Argumentation, daß USM mit diesen Geschäftspraktiken gemäß Sec. 2 Sherman Act den Markt "monopolisiert" habe. Judge Wyzanski leitet seine rechtlichen Erörterungen mit der Feststellung ein, daß mit der Alcoa-Entscheidung der Weg geebnet sei für eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise bei Sherman Act-Verletzungen. Das Verhalten, das zum Nachweis einer "Monopolisierung" i.S. von Sec. 2 erforderlich sei, brauche nicht mehr "predatory, abusive, or coercive" zu sein (wie noch im alten USM-Fall von 1918 und in U.S. Steel) [124]; es reiche aus, wenn es in seiner wirtschaftlichen Auswirkung "exclusionary" sei. [125] Ein solches Verhalten bzw. eine solche Situation sei nach gegenwärtig geltendem Recht dann gegeben,

(1) wenn die Macht bestehe, die Preise festzusetzen und Wettbewerber auszuschalten und diese ausgeübt werde oder zumindest der Plan bestehe, sie auszuüben, selbst wenn das Verhalten bzw. das geplante Verhalten kein "restraint of trade" im technischen Sinne (Sec. 1 Sherman Act) darstelle (so Justice Douglas im Griffith-Fall [126]), oder

(2) wenn immer ein Monopolist mit überwältigendem Marktanteil geschäftlich tätig werde, es sei denn, er weise nach, daß ihm die wirtschaftliche

---

122) Das hatte zur Folge, daß sich kein selbständiges Dienstleistungsgewerbe auf diesem Gebiet bildete; jeder Wettbewerber war daher gezwungen, einen gleichwertigen Service aufzubauen, was den Zugang zum Markt weiter erschwerte.

123) A.a.O., S. 339/340.

124) Diese Betrachtungsweise wird allerdings im noch zu besprechenden Columbia Steel-Fall wieder aufgegriffen, vgl. U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 525 (1948), unten S. 59.

125) A.a.O., S. 341.

126) U.S. v. Griffith, 334 U.S. 100, 107 (1948).

Macht ohne sein Dazutun "zugefallen" sei bzw. daß sie allein auf seiner unternehmerischen Leistung beruhe (so Judge L. Hand im Alcoa-Fall [127]).

Nach beiden Tests habe USM Sec. 2 verletzt. [128] USM nehme mit 75 % Marktanteil eine beherrschende Stellung auf dem Schuhmaschinenmarkt ein. Angesichts dieser Position, die durch die eingangs erwähnten Umstände - Geschäftsverbindungen mit über 90 % der Schuhhersteller, Bereitstellung eines kompletten Maschinenparks und eines eigenen Reparaturdienstes - noch besonderes Gewicht erhalte, erscheine das von USM praktizierte "leasing"-System in einem besonderen Licht. Dieses Geschäftsverhalten sei zwar "honestly industrial" in dem Sinne, daß es an sich nicht anstößig sei; es sei jedoch nicht die unvermeidliche Konsequenz von "ability, natural forces, or law". [129]

> "... (T)hey are unnatural barriers; they unnecessarily exclude actual and potential competition; they restrict a free market. While the law allows many enterprises to use such practices, the Sherman Act is now construed ... to forbid the continuance of effective market control based in part upon such practices. ... United (USM) is denied the right to exercise effective control of the market by business policies that are not the inevitable consequences of its capacities or its natural advantages." [130]

Zur Frage von "purpose and intent" führt Judge Wyzanski schließlich unter Bezugnahme auf die Alcoa-Entscheidung aus: "Defendant having willed the means, has willed the end ..." [131], d.h., daß USM, da es bewußt das "leasing"-System eingeführt habe, nun auch für dessen Konsequenzen die Verantwortung tragen müsse. USM habe somit gegen Sec. 2 Sherman Act verstoßen.

b) In auffälligem Mißverhältnis zu der sehr entschiedenen Sprache dieser Entscheidung steht die daran angeknüpfte Rechtsfolge. Während das Justizmini-

---

127) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416, 428 (2d Cir. 1945).

128) A.a.O., S. 342. Kaysen, der an diesem Fall als law clerk von Judge Wyzanski mitwirkte, faßt den vom Gericht angewandten Test wie folgt zusammen: "The achievement or retention of dominant market power by business methods which are more restrictive than necessary is monopolisation under Sec. 2 of the Sherman Act (Kaysen, United States v. United Shoe Machinery Corp., 1956, S. 304).

129) A.a.O., S. 344.

130) A.a.O., S. 345.

131) A.a.O., S. 346.

sterium verlangte, USM solle in drei unabhängige Unternehmen aufgeteilt werden, ließ Judge Wyzanski die Integrität des Unternehmens unangetastet und beschränkte sich darauf, USM bestimmte Verhaltensmaßregeln für die künftige Geschäftspolitik zu geben. Dazu gehörte u.a. die Anordnung, daß USM seine Maschinen künftig auch zum Verkauf anzubieten habe und daß die Geschäftsbedingungen in den "leasing"-Verträgen in einer Weise umzuformulieren seien, die es einem Kunden von USM erleichtert, auf Wunsch von USM, auf Konkurrenzfabrikate überzuwechseln. Schließlich wurde es USM untersagt, weitere Produktionsbetriebe aufzukaufen, wenn die Transaktion mehr als 10 000 Dollar umfaßt. [132]

Diese betonte Zurückhaltung in der Formulierung des "decree" [133] gab Anlaß zu heftiger Kritik [134] und war erst kürzlich erneut Gegenstand einer Supreme Court-Entscheidung. [135]

c) Indessen ist diese behutsame Behandlung der Frage der Rechtsfolge kein Einzelphänomen. Ein weiteres, sehr anschauliches Beispiel dafür ist die weitere

---

132) A.a.O., S. 354.

133) Judge Wyzanski selbst bemerkt in seiner Entscheidung: "Judges in prescribing remedies have known their own limitations" (a.a.O., S. 347).

134) Vgl. für alle Stocking, Workable Competition and Antitrust Policy, 1961, S. 381.

135) U.S. v. United Shoe Machinery Corp., 88 S.Ct. 1496 (1968). Es handelt sich insoweit um eine Fortsetzung des eben behandelten USM-Falls von 1953 begrenzt auf die Rechtsfolge. Das Justizministerium argumentierte, die seit 1953 verstrichene Zeit habe gezeigt, daß das ursprüngliche decree die erhoffte Wirkung, einen funktionsfähigen Wettbewerb auf dem Schuhmaschinenmarkt wiederherzustellen, nicht erreicht habe. USM beherrsche weiter den Markt. Es sei nun endgültig die Aufteilung von USM in 2 selbständige Unternehmen angezeigt. Dieser Antrag wurde vom Distriktgericht abgelehnt (U.S. v. United Shoe Corp., 266 F. Supp. 328 (1967)). Daraufhin brachte das Justizministerium den Fall vor den Supreme Court. Dieser pflichtete in seinen Rechtsausführungen dem JM bei und betonte unter Bezugnahme auf den noch zu besprechenden Grinnell-Fall: "Relief in a Sherman Act case should put an end to the combination and deprive the defendants of any of the benefits of the illegal conduct, and break up or render impotent the monopoly power found to be in violation of the Act" (a.a.O., S. 1501). Es bleibt abzuwarten, wie darauf das Distriktgericht entscheiden wird.

Behandlung des oben geschilderten Alcoa-Falls im sich an das Hauptverfahren anschließendem Rechtsfolgeverfahren vor dem Distriktgericht. [136] Die Situation auf dem Aluminiummarkt hatte sich inzwischen insofern geändert, als sich Alcoa nun dem Wettbewerb zweier weiterer voll integrierter Aluminiumerzeuger, Reynolds und Kaiser, ausgesetzt sah. Alcoa selbst hielt aber immer noch einen Marktanteil von 85 % des auf den offenen Markt gelangenden originären Aluminiums. Judge Knox, der die Entscheidung über das endgültige "decree" zu treffen hatte, ging davon aus, daß es das Ziel eines solchen "decree" sein müsse, Bedingungen zu schaffen, die die Wiederherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs (effective competition) gewährleisten. [137] Dabei kam es ihm sehr wesentlich auf das zu erwartende Marktergebnis (market performance) an. [138] Die immer noch beherrschende Marktstellung von Alcoa relativierte er durch eine Ausdehnung des relevanten Marktes gegenüber der ursprünglichen Definition von Judge Hand auf Aluminiumprodukte einschließlich solcher Erzeugnisse, die aus sog. "secondary ingot" - Aluminium, einem Altaluminiumprodukt, hergestellt werden. Auf diesem Markt hatte Alcoa nur noch einen Anteil von etwa 50 %. [139] Außerdem müsse, so argumentierte Knox, auch der sog. "inter-industry"-Wettbewerb berücksichtigt werden, der zwischen der Aluminiumindustrie und den übrigen Metallindustrien herrsche. [140] Unter diesen Umständen sei die Unternehmensgröße von Alcoa nicht zu beanstanden, ja sie sei sogar erforderlich, um die guten Marktergebnisse, die der Nachkriegsaluminiummarkt bisher gezeitigt habe, auch künftig zu gewährleisten. Abgesehen von der Schwierigkeit, ein weiteres Unternehmen zu schaffen, das mit Alcoa konkurrieren könne, ohne die Position der Neulinge Reynolds und Kaiser auf dem Aluminiummarkt wieder zu schwächen, würde die dazu erforderliche Entflechtung von Alcoa auch deren Leistungsfähigkeit in einem Maße beeinträchtigen, das den wesentlichen Beitrag, den Alcoa für den Fortschritt der Aluminiumindustrie insgesamt, insbesondere auf dem Gebiet der Technologie und der Forschung leistet, in Frage stellen könnte. [141]

d) Wie im USM-Fall lehnte es auch hier das Gericht ab, von der Möglichkeit der Entflechtung Gebrauch zu machen, und beschränkte sich auf die An-

136) U.S. v. Aluminum Co. of America, 91 F.Supp. 333 (S.D.N.Y. 1950), vgl. auch oben Anm. 103.

137) A.a.O., S. 347.

138) Vgl. dazu insbes. Stocking, Workable Competition and Antitrust Policy, 1961, S. 374 f.

139) A.a.O., S. 355 f.; vgl. oben Anm. 103.

140) A.a.O., S. 416 f.

141) A.a.O.

ordnung bestimmter Verhaltensvorschriften. [142] Hier wie dort war für diese Entscheidung maßgebend, daß die betroffenen Unternehmen anerkanntermaßen eine große wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (efficiency) aufwiesen, die mit einer hohen technischen Fortschrittlichkeit (progressiveness) einhergingen. Demgegenüber traten Gesichtspunkte der Herstellung einer wettbewerbsgerechten Marktstruktur (competitiveness)in den Hintergrund. Diese Betrachtungsweise, die ganz auf das erzielte bzw. das zu erwartende Marktergebnis abstellt und die dieses Ziel insbesondere durch große Unternehmenseinheiten gewährleistet sieht, ist als die sog. "business performance theory" bekannt. [143] Sie ist neben der uns schon bekannten abuse und structure theory ein drittes mögliches Testverfahren zur Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung i. S. von Sec. 1 und 2 Sherman Act. [144]

e) Wurde eingangs erwähnt, daß die Alcoa- und die USM-Entscheidung ihre große Bedeutung dadurch gewonnen haben, daß in ihnen der structure theory zum Durchbruch verholfen wurde, so bleibt nun einschränkend festzustellen, daß dies jedenfalls nicht für den Ausspruch der Rechtsfolge in diesen beiden Verfahren zutrifft. Insoweit waren Überlegungen maßgebend, die unter die sog. "business performance theory" einzureihen sind. [145]

Freilich ist zu beachten, daß es sich bei den vorliegenden Fällen nicht um sog. "combination cases" handelt, bei denen ein bestimmter Zusammenschlußvorgang Gegenstand der Entscheidung ist, der gegebenenfalls leichter rückgängig

---

142) So wurde Alcoa beispielsweise aufgegeben, aus den Lizenzverträgen, die sie mit Reynolds und Kaiser abgeschlossen hatte, die sog. "grant back"-Vorschriften herauszunehmen, die die Lizenznehmer Reynolds und Kaiser verpflichteten, alle von ihnen vorgenommenen Weiterentwicklungen unmittelbar Alcoa mitzuteilen (a. a. O., S. 402-416).

143) Vgl. Bain, Industrial Organization, 1959, S. 342; Kaysen-Turner, S. 62-70.

144) Vgl. Mueller, The New Antitrust: A "Structural" Approach, 12 Vill. L. Rev. 764 (1967).

145) Vgl. zu der Zurückhaltung der Gerichte, von den nach dem Sherman Act bestehenden Möglichkeiten der Entflechtung Gebrauch zu machen, allgemein Att. Gen. Rep., S. 354, wo es heißt: "... courts as a rule have refused divestiture in the absence of some clear showing of its necessity to insure effective competition, its practicability and, in light of surrounding circumstances, its basic fairness." Vgl. ferner Kaysen-Turner, S. 109.

zu machen ist, sondern um sog. "single-firm monopoly cases", bei denen die beherrschende Marktstellung vorgegeben ist und in denen primär die mißbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung beanstandet wird. In letzterem Fall ist es naturgemäß sehr viel schwieriger und einschneidender, eine Entflechtung vorzunehmen, als im Falle eines gerade erst vollzogenen Zusammenschlusses.

10. United States v. E. I. DuPont de Nemours & Co.: [146]
Erneute Aufweichung des Rechts durch Einführung eines neuen Marktabgrenzungstests

a) Die im Alcoa- und USM-Fall vorgenommene Auslegung von Sec. 2 Sherman Act (structure theory) fand erneut ihren Niederschlag in einem dictum im dritten der hier zu behandelnden "single-firm monopoly"-Fälle [147], dem sog. Cellophane case. [148]

Gegenstand dieser Entscheidung war der Vorwurf des Justizministeriums, daß DuPont den Markt in Zellophan, und zwar in seiner Verwendung als Verpackungsmaterial, "monopolisiere". DuPont's Anteil an diesem Markt betrug zur Zeit der Klageerhebung 75 %. Der Supreme Court faßte das diesbezüglich geltende Recht wie folgt zusammen:

> "(A) party has monopoly power if it has ... a power of controlling prices or unreasonably restricting competition" [149] und "... when an alleged monopolist has power over prices and competition, an intention to monopolize in a proper case may be assumed." [150]

Das Gericht erreichte indessen letztere Frage im vorliegenden Falle nicht, da es schon das Vorhandensein von "monopoly power" bei DuPont verneinte. [151] Zu diesem Ergebnis kam das Gericht durch eine sehr weite Bestimmung des relevanten Marktes nach dem sog. "reasonable interchangeability test". Danach sind alle Güter, die in einer funktionellen Austauschbeziehung zum streitbefangenen Gut stehen und insoweit eine ausreichende (reasonable) Nachfrageelastizi-

---

146) 351 U.S. 377 (1956).
147) Vgl. dazu oben Anm. 97.
148) Der Cellophane-Fall liegt zwar rein zeitlich bereits außerhalb des hier darzustellenden Entscheidungszeitraums. Wegen seiner sachlichen Zugehörigkeit soll er aber schon hier besprochen werden.
149) A. a. O., S. 389.
150) A. a. O., S. 392.
151) A. a. O., S. 404.

tät im Falle von Preis- oder Qualitätsschwankungen des streitbefangenen Gutes aufweisen, in einen Markt einzubeziehen. [152]

Im vorliegenden Fall entschied das Gericht in sehr extensiver Auslegung, daß eine solche "vertretbare oder vernünftige Austauschbarkeit" zwischen allen flexiblen Verpackungsmaterialien bestand und daß daher alle diese Güter zusammen mit Zellophan einen einheitlichen Markt bildeten. Dabei wichen die einzelnen Verpackungsmaterialien nach Preis und Qualität teilweise erheblich voneinander ab. Demgegenüber stellte das Gericht maßgeblich darauf ab, daß eine ausreichende Substitutionsbeziehung hinsichtlich des Verwendungszwecks bestand. Auf dem so bestimmten Markt hatte aber DuPont nur einen Anteil von 17 %. Die Annahme einer "Monopolisierung" dieses Marktes entbehrte daher, nach Ansicht des Gerichts, jeder Grundlage. [153]

Das Minderheitsvotum der Justices Warren, Black und Douglas griff die von der Gerichtsmehrheit vorgenommene Marktabgrenzung scharf an: Die Abgrenzung des Marktes müsse in der Weise vorgenommen werden, daß der Wettbewerb nicht global, sondern möglichst für jedes einzelne Produkt gewährleistet sei. Der anzuwendende Test sei der im Alcoa- und Paramount-Pictures-Fall entwickelte [154],

---

152) A.a.O., S. 380. Die Kreuzpreiselastizität definierte das Gericht wie folgt: "If a slight decrease in the price of cellophane causes a considerable number of customers of other flexible wrappings to switch to cellophane, it would be an indication that a high cross-elasticity of demand exists between them; that the products compete in the same market" (a.a.O., S. 400).
Eine hohe Kreuzpreiselastizität ist indessen kein absolutes Zeichen für eine hohe Substituierbarkeit der betreffenden Güter. Ein Monopolist kann seinen Preis so hoch über dem Selbstkostenniveau angesetzt haben, daß dadurch eine Kreuzpreiselastizität mit anderen Gütern erst möglich wird (siehe dazu oben den Corn Products-Fall; vgl. ferner Singer, Antitrust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models, 1968, S. 58 sowie Kaufer, Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, ZHR 1967, 301, 307 f. Kaufer kritisiert insoweit außerdem das einseitige Abstellen auf die Kreuzelastizität der Nachfrage ohne Berücksichtigung der Angebotselastizität (a.a.O.).

153) A.a.O., S. 395 und 404; vgl. dazu Handler, Antitrust in Perspective, 1957, S. 57.

154) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945), wo "secondary ingot" vom Markt ausgeschlossen wurde; und U.S. v. Paramount Pictures, 334 U.S. 131, 172 (1948), wo zwischen Erstaufführungstheatern und normalen Filmtheatern unterschieden wurde.

nämlich nur identische Erzeugnisse (selfsame products) in einen Markt einzuschließen. Danach komme aber im vorliegenden Fall nur der Zellophan-Markt als der relevante Markt in Frage. [155] Denn:

> "... (T)hose buyers who have "reasonable alternatives" between cellophane and other products are also entitled to competition within the cellophane industry, for such competition may lead to lower prices and improved quality". [156]

Einen solchen Wettbewerb auf dem Zellophan-Markt gebe es aber nicht, da DuPont auf demselben dominiere. Ein wettbewerbsgerechtes Verhalten setze immer eine entsprechende Struktur des Marktes voraus. Diese sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Entsprechend der im Alcoa- und USM-Fall entwickelten Doktrin "monopolisiere" DuPont daher den Zellophan-Markt, wenn immer es geschäftlich tätig werde. [157]

b) Turner, der den "Cellophane"-Fall zum Anlaß eines viel beachteten Aufsatzes nahm, der hier schon mehrfach zitiert wurde [158], teilt die Kritik, die in der "dissenting opinion" zu diesem Fall zum Ausdruck kommt. Unter Hinweis auf den Corn Products- und den Alcoa-Fall zweifelt auch er an der Zweckmäßigkeit einer weiten Marktdefinition, wie sie im "reasonable interchangeability test" des Cellophane-Falls zum Ausdruck kommt, und empfiehlt auch für single-firm monopoly"-Fälle eine enge Begrenzung des relevanten Marktes, die insbesondere am Kostenvorteil des mutmaßlichen "Monopolisten" orientiert ist:

> "The basic decision is whether a particular margin of advantage is big enough to constitute monopoly power for the purposes of the act." [159]

Für den Fall der sog. "combination cases", und das ist im Zusammenhang dieser Darstellung von besonderem Interesse, bleibe es dagegen, so Turner, auch nach dem Cellophane-Fall bei der in der Corn Products- und Alcoa-Entscheidung entwickelten engen Marktdefinition, wonach "qualitatively distinct substitutes" prima facie ausgeschlossen sind, und eine marktbeherrschende Stellung schon dann erreicht ist, wenn die Kontrolle über ein einzelnes Produkt besteht, zu-

---

155) A.a.O., S. 424.

156) A.a.O., S. 425.

157) A.a.O., S. 425 f.

158) Turner, Antitrust Policy and the Cellophane Case, 70 Harv. L. Rev. 281 (1956).

159) Turner, a.a.O., S. 309. Turner trägt also insoweit auch der von Kaufer angesprochenen Kreuzelastizität des Angebots (vgl. oben Anm. 152) Rechnung; vgl. dazu ferner Kaysen-Turner, S. 134.

mindest bis zum Beweis des Gegenteils durch den Beklagten. [160]

Dies sei aus zweierlei Gründen gerechtfertigt. Einmal sei der Sherman Act aus einem Mißtrauen gegenüber großen, insbesondere aus Zusammenschlüssen hervorgegangenen wirtschaftlichen Machtstellungen heraus geschaffen worden, selbst auf die Gefahr, daß die Anwendung dieses Gesetzes einmal auf Kosten wirtschaftlicher Effizienz gehen könnte. [161] Zum anderen seien die Gründe praktischer Art. Ein Zusammenschluß, der solche Dimensionen aufweise, daß er zu einer marktbeherrschenden Stellung führe, sei mit großer Wahrscheinlichkeit nicht technologisch oder wirtschaftlich gerechtfertigt. Vielmehr bestehe eine Vermutung, daß das eigentliche Ziel eines solch umfassenden Zusammenschlusses die Erreichung einer Machtstellung auf dem Markt ist, mittels der die Preise kontrolliert und der Gewinn erhöht werden könne. Es sei durchaus sachgerecht und vertretbar, darauf zu bestehen

> "... that any technological imperative in size of such order must be reached by individual growth rather then bycombination". [162]

Es könne kaum daran gezweifelt werden, daß DuPont, wäre ihre beherrschende Stellung auf dem Cellophane-Markt auf einen Zusammenschluß der wesentlichen selbständigen Wettbewerber auf diesem Markt zurückzuführen, wegen "Monopolisierung" dieses Marktes gem. Sec. 2 Sherman Act verurteilt worden wäre. [163]

Diese Auffassung von der Zweckmäßigkeit eines engen Marktbegriffs bei "combination cases" wird indessen durch einen erst kürzlich durch den Supreme Court entschiedenen Sherman Act-Fall, der noch zu besprechen sein wird, bestätigt. [164] Sie findet ferner eine Bestätigung in der Art und Weise, wie in den sog. "merger cases" nach Sec. 7 Clayton Act die Marktbestimmung vorgenommen wird. [165]

---

160) Turner, a.a.O., S. 304 f.

161) Turner, a.a.O., S. 306; vgl. ferner U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 428, 429 (2d Cir. 1945).

162) Turner, a.a.O., S. 307; vgl. ferner Note, Product Market Definition under the Sherman and Clayton Acts, 110 U. Pa. L. Rev. 861, 875-876 (1962).

163) Turner, a.a.O. mit Hinweis auf U.S. v. Aluminum Co. of America, a.a.O., S. 429.

164) U.S. v. Grinnell Corp., 16 L. Ed. 2d 778 (1966).

165) Vgl. beispielsweise Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 325 (1962), vgl. unten S. 88 ff. Zur Identität der Marktabgrenzungstests in "combination cases" unter Sec. 2 Sherman Act und "merger cases" unter Sec. 7 Clayton Act siehe U.S. v. Grinnell Corp., a.a.O., S. 788 und unten S. 70 Anm. 225.

Als letzter in der Reihe der zu behandelnden Sherman Act-Fälle bis zum Jahre 1950 bleibt der sog. Columbia Steel-Fall aus dem Jahre 1948 zu besprechen. Diese Entscheidung, ihrer Fallkonstellation nach übrigens wieder ein reiner Zusammenschlußfall, enthält eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem bis dahin geltenden Recht der Unternehmenszusammenschlüsse. Sie behandelt außerdem erstmals eingehender das Problem vertikaler Zusammenschlüsse. [166] Wegen der wieder stärkeren Betonung des "rule of reason approach" bei der Auslegung des Sherman Act und wegen des in ihr entwickelten "legitimate business defense", einer Art Rechtfertigungsgrund für Zusammenschlüsse, und nicht zuletzt wegen der daraus für die Lösung des Falls gezogenen Schlüsse, die praktisch eine Sanktionierung des Vorgehens des Stahlgiganten U.S. Steel auf dem amerikanischen Westküste-Markt bedeuteten, wurde die Entscheidung stark angegriffen. Inzwischen hat sie allerdings durch die im Jahre 1964 ergangene Supreme Court-Entscheidung im Lexington Bank-Fall [167] erneut an Bedeutung gewonnen, was eine genaue Untersuchung umsomehr angezeigt erscheinen läßt.

11. United States v. Columbia Steel Co. [168]:
Auslösung einer Aktivierung des Clayton Act.

a) Anlaß für diese Entscheidung war der Erwerb von Consolidated Steel Corp, einem Verarbeiter von Formstahl und Stahlblechen an der Westküste der Vereinigten Staaten mit einem Jahresumsatz von etwa 20 Mill. Dollar, durch die Columbia Steel Co., eine Tochterfirma der United States Steel Corp.

U.S. Steel war noch immer der größte Hersteller von Walzstahlprodukten im Lande mit einem Marktanteil von etwa 31 % (gegenüber 50 % um 1920) und einem Jahresumsatz von etwa 1 Mrd. Dollar. Columbia Steel war dagegen der größte Walzstahlhersteller des Westküstegebiets; sie vertrieb außerdem auf diesem Markt aus Walzstahl hergestellte Fertigprodukte, insbesondere fertige Stahlkonstruktionen (fabricated structural steel products), die in zwei anderen U.S. Steel-Konzernbetrieben hergestellt wurden.

Im Jahre 1946 hatte U.S. Steel unter ausdrücklicher Billigung des Justizministers noch ein weiters bis dahin regierungseigenes Walzstahlwerk in Geneva,

166) Vgl. zur Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen bis dahin allgemein U.S. v. Reading Co., 253 U.S. 26 (1920) und U.S. v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131, 174 (1948).

167) U.S. v. First National Bank and Trust Co. of Lexington, 376 U.S. 665 (1964).

168) 334 U.S. 495 (1948); vgl. dazu Adelman, Effective Competition and the Antitrust Laws, 61 Harv. L. Rev. 1289, 1311 (1948).

Utah, hinzuerworben. Dadurch hatte sich der Marktanteil von U.S. Steel im gesamten Lande auf 32,7 %, im Westküstegebiet nach eigener Schätzung von U.S. Steel auf 51 % erhöht. [169] Für die so neu hinzugewonnene Lieferkapazität auf dem Westküstemarkt wollte U.S. Steel zunächst einen eigenen Stahlverarbeitungsbetrieb auf diesem Markt errichten. Da sich jedoch die Gelegenheit des Erwerbs von Consolidated bot, und dieser Weg billiger erschien, nahm U.S. Steel von ihrem ursprünglichen Plan wieder Abstand und kaufte über ihre Tochter Columbia Consolidated auf. [170] Der jährliche Bedarf von Consolidated an Walzstahlprodukten machte weniger als 0,5 % des Bedarfs im ganzen Lande und etwa 3 % des Bedarfs im Westküstegebiet aus. Zieht man nur die Stahlarten in Betracht, die Consolidated tatsächlich verarbeitete, nämlich Formstahl und Stahlbleche, so betrug der Anteil daran, bezogen auf den Westküstemarkt, etwa 13 %. [171]

Das Justizministerium erhob gegen den Erwerb von Consolidated durch U.S. Steel drei Einwände; zwei davon sind gestützt auf Sec. 1, einer auf Sec. 2 Sherman Act:

aa) Unter Hinweis auf die "railway merger"-Fälle wies das Justizministerium darauf hin, daß durch den Zusammenschluß der bestehende Wettbewerb zwischen Consolidated und der U.S. Steel-Tochter Columbia beim Vertrieb von fertigen Stahlkonstruktionen und anderen Baustahlprodukten ausgeschaltet werde, was unabhängig von dem Marktanteil, der dabei in Mitleidenschaft gezogen sei, eine "illegal restraint of trade" i.S. von Sec. 1 darstelle.

bb) In vertikaler Hinsicht habe der Zusammenschluß zur Folge, daß alle Stahlerzeuger außer U.S. Steel bzw. Columbia von der weiteren Belieferung von Consolidated in Rohstahl ausgeschlossen werden. Eine solche "vertical foreclosure" zähle entsprechend der Supreme Court-Entscheidung in United States v. Yellow Cab Co. [172] zu den "per se"-Verboten nach Sec. 1.

---

169) A.a.O., S. 503-506. Die Billigung des Erwerbs des Geneva-Walzwerks durch die Regierung machte deren Position in diesem Fall nicht einfacher. Dieser Umstand dürfte das Ergebnis der Entscheidung wesentlich mitbestimmt haben. Es war insoweit von einer "quasi estoppel" die Rede.

170) A.a.O., S. 506.

171) A.a.O., S. 508 f.

172) 332 U.S. 218 (1947). Dieser Fall betraf eine Vereinbarung zwischen einer Gruppe von Taxiunternehmen, die in verschiedenen Großstädten teilweise bis zu 80 % des Taxigewerbes kontrollierte, und einem Automobilhersteller, wonach erstere sich verpflichtete, ihre Fahrzeuge ausschließlich von letzterem zu beziehen. Der Supreme Court hielt diese Vereinbarung für eine "restraint of trade" i.S. von Sec. 1 Sherman Act.

cc) Schließlich stelle der Erwerb von Consolidated im Lichte der vorausgegangenen Aktionen durch U.S. Steel einen "attempt to monopolize" i.S. von Sec. 2 dar, den Versuch nämlich, die Herstellung und den Vertrieb von Stahlfertigprodukten zu monopolisieren. [173]

Zum Vorwurf der horizontalen Wettbewerbsbeschränkung führte das Gericht aus, für die Frage, ob der Zusammenschluß eine "unreasonable restraint of trade" darstelle oder bezwecke, sei nicht allein - wie das Justizministerium argumentiere - das betroffene Dollar-Volumen von Bedeutung. [174] Vielmehr sei eine eingehende Würdigung der wirtschaftlichen Verhältnisse notwendig, unter denen der Zusammenschluß vollzogen werde. In Betracht gezogen werden müsse der Prozentsatz der Marktkontrolle, der durch den Zusammenschluß erreicht werde; [175] die Stärke des verbleibenden Wettbewerbs; die Motivation des Zusammenschlusses, die Frage also, ob die Fusion den Bedürfnissen wirtschaftlicher Entwicklung entsprochen habe oder aber einer Monopolisierungsabsicht entsprungen sei; die wahrscheinliche Entwicklung des betroffenen Industriezweiges; die Verbrauchernachfrage und andere Charakteristika des Marktes. [176] Im vorliegenden Falle betrage der Marktanteil von U.S. Steel im besten Falle, nämlich dann, wenn man den relevanten Markt auf Baustahlprodukte auf dem Westküstemarkt begrenze, 13 % und der von Consolidated 11 %. Ein Marktanteil von insgesamt 24 % stelle aber noch keinen "unreasonable restraint of trade" dar, wenn man berücksichtige, daß der Westküstemarkt noch in der Entwicklung begriffen, genügend andere Wettbewerber vorhanden und der Zugang zum Markt für "out-of-the-area fabricators" nicht sonderlich erschwert sei. [177] Aber:

> "That does not imply that additional aquisitions of fabricating facilities for structural steel would not become monopolistic." [178]

---

173) A.a.O., S. 507.

174) Die sog. "railway merger cases" seien insoweit nicht bindend, so befand das Gericht, da sie aufgrund völlig anderer Tatsachenvoraussetzungen entschieden worden seien (a.a.O., S. 531, Anm. 27-29).

175) Zur Frage der Indizwirkung solcher Prozentsätze führte das Gericht aus: "We do not undertake to prescribe any set of percentage figures by which to measure the reasonableness of a corporation's enlargement... . The relative effect of percentage command of a market varies with the setting in which that factor is placed..." (a.a.O., S. 527, vgl. dazu ferner U.S. v. Aluminum Co. of America, a.a.O., S. 424).

176) A.a.O., S. 527.

177) A.a.O., S. 529 f.

178) A.a.O., S. 529.

In diesem Zusammenhang ist eine Anmerkung von Justice Reed, der das Mehrheitsvotum in dieser Entscheidung geschrieben hat, von Interesse, in der das Problem der Erfassung einer zukünftigen Wettbewerbsbeschränkung (prospective restraint) angeschnitten wird. [179]

Justice Reed weist in dieser Anmerkung darauf hin, daß im gegebenen Fall Sec. 7 Clayton Act, mit dem im Gegensatz zum Sherman Act neben bereits eingetretenen Wettbewerbsbeschränkungen auch solche erfaßt werden können, die mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, nicht anwendbar sei. [180] Dennoch könne der in Sec. 7 Clayton Act zum Ausdruck gekommene allgemeine Gedanke bei der Anwendung des Sherman Act nicht unberücksichtigt bleiben. Dieses dictum veranlaßte einen Kommentator der Columbia Steel-Entscheidung zu folgender Feststellung:

> "... (I)t probably means that the Court may now be willing to canalize the general antimerger policy of Sec. 7 into its consideration of merger cases under the Sherman Act. It provides the standard of prospective illegality that has hither to been lacking." [181]

Tatsächlich scheint diese Interpretationsweise des Sherman Act im Lichte von Sec. 7 Clayton Act in einem später vom Supreme Court entschiedenen Fall, dem schon mehrfach zitierten und im Anschluß zu besprechenden Lexington Bank-Fall, Eingang gefunden zu haben. [182]

Zum Vorwurf des "attempt to monopolize" stellte das Gericht fest, daß die Beweiserhebung keine entsprechende Absicht seitens U.S. Steel ergeben habe.

---

179) A.a.O., S. 507, Anm. 7.

180) Sec. 7 Clayton Act erfaßte seinem damaligen alten Wortlaut entsprechend nur Zusammenschlüsse, die über den Erwerb von Aktien herbeigeführt worden sind. Im vorliegenden Fall fand der Zusammenschluß jedoch durch Erwerb von Vermögensteilen statt.

181) Note, The Columbia Steel Case: New Light on Old Antitrust Problems, 58 Yale L.J. 764, 772 (1949).

182) U.S. v. First National Bank and Trust Co. of Lexington, 376 U.S. 665 (1964); vgl. auch den Hinweis auf diesen Zusammenhang in Note, Merger Litigation Under the Sherman Act-Choice or Echo, 18 Sw. L.J. 712, 720, n. 46 (1964). Der Autor weist darauf hin, daß sowohl der dissent in Columbia Steel, aus dem die neue Interpretationsweise des Sherman Act noch mehr zu sprechen scheine, als auch das Mehrheitsvotum im Lexington Bank-Fall aus der Feder von Justice Douglas stammt.

Das Vorhaben von U.S. Steel, durch den Erwerb von Consolidated eine Absatz- bzw. Weiterverarbeitungsmöglichkeit für den in dem ebenfalls neu erworbenen Walzstahlwerk in Geneva produzierten Stahl zu schaffen, entspreche normalem Geschäftsverhalten und sei nicht zu beanstanden. [183] Nach der Auffassung des Gerichts besteht zur Rechtfertigung eines Zusammenschlusses, jedenfalls solange dieser nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, [184] für die Beteiligten der sog. "legitimate business defense", wonach ein Zusammenschluß gerechtfertigt ist, wenn immer für ihn gute Gründe wirtschaftlicher oder technologischer Art vorgebracht werden können. [185]

Dies ist wiederum Ausdruck einer Betrachtungsweise, die wir schon im Rechtsfolgeverfahren des Alcoa- und des United Shoe Machinery-Falles ingestalt der sog. business performance theory kennengelernt haben [186] und die wohl im Ergebnis auch die Entscheidung im zuvor behandelten Cellophane-Fall bestimmt hat. [187]

Was den Vorwurf der vertikalen Wettbewerbsbeschränkung betraf, so stellte das Gericht klar, daß eine vertikale Integration, genau wie ein Ausschließlichkeitsvertrag nicht per se gegen Sec. 1 Sherman Act verstoße. [188] Entscheidend sei vielmehr, ob ein vertikaler Zusammenschluß die Möglichkeit der Wettbewerber, ihre gleichartigen Erzeugnisse auf dem Markt zu vertreiben, unverhältnis-

---

183) A.a.O., S. 533.

184) A.a.O., S. 527. In diesem Fall bleibt es auch nach Columbia Steel bei dem im Alcoa- und USM-Fall entwickelten Recht.

185) Vgl. dazu Note, Merger Litigation Under the Sherman Act-Choice or Echo, a.a.O., S. 717 Anm. 26: "The legitimate business defense emphasizes the motive behind a merger or acquisition and the many legitimate reasons for such a move... . The emphasis is placed not so much on the structural characteristics as on performance features and the effect of the merger or acquisition on the performance."

186) Vgl. oben S. 50 ff.

187) Auch die unter Anwendung des "reasonable interchangeability test" vorgenommene weite Definition des relevanten Marktes dürfte letzten Endes von der Überzeugung des Gerichts bestimmt gewesen sein, daß, da in dem abgegrenzten Bereich die Marktergebnisse zufriedenstellend waren, auch die insoweit bestehenden Wettbewerbsbeziehungen für eine solche Abgrenzung ausreichend erschienen.

188) A.a.O., S. 525. "It is not for the courts to determine the course of the Nation's economic development..." (a.a.O., S. 526).

mäßig beeinträchtige. [189] Der in diesem Zusammenhang relevante Markt sei nicht, wie das Justizministerium argumentiere, der für Formstahl und Stahlbleche. Zwar beziehe Consolidated ausschließlich diese Produkte und sein Abnahmeanteil an diesen Gütern auf dem Westküstemarkt entspreche etwa 13 %. Da aber die Produktionsanlagen der Anbieter von Formstahl und Stahlblechen jederzeit auf die Herstellung auch anderer Walzstahlprodukte umgestellt werden könnten (Gesichtspunkt der "production flexibility"), seien letztere in den relevanten Markt einzubeziehen. [190] Der Anteil des Bedarfs von Consolidated an Walzstahlprodukten insgesamt mache aber nur 3 % dieses Bedarfs auf dem Westküstemarkt aus und gehe voraussichtlich noch weiter zurück. Ein wettbewerbsbeschränkender Effekt dieser Größenordnung sei aber bedeutungslos; er behindere nicht die Wettbewerber von U.S. Steel, ihre Walzstahlerzeugnisse auf dem Markt abzusetzen. [191]

Nach allem verstoße der Erwerb von Consolidated durch Columbia Steel nicht gegen den Sherman Act.

b) Justice Douglas übte an diesem Ergebnis in einem Minderheitsvotum scharfe Kritik. [192] Wenn dieser Zusammenschluß das Ergebnis räuberischer Geschäftspraktiken oder sonstiger Verstöße gegen Sec. 1 Sherman Act gewesen wäre, so argumentierte Douglas, wäre er ohne Zweifel rückgängig gemacht worden. Nur weil das Resultat "in more gentlemanly ways" erreicht worden sei, schrecke man vor einer Entflechtung zurück. Dabei sei der Einfluß, den dieser Zusammenschluß auf das zukünftige Funktionieren des Wettbewerbs und die Struktur der Wirtschaft habe, genau derselbe, nämlich negativ [193]:

189) A.a.O., S. 524; vgl. dazu Adelman, Corporate Integration in: How to Comply with the Antitrust Laws, 1954, S. 290 und Kessler & Stern, Competition, Contract, Vertical Integration, 69 Yale L.J. 1 (1959).

190) A.a.O., S. 510 f. Mit der "production flexibility" hat das Gericht einen weiteren Gesichtspunkt der Kreuzelastizität angesprochen, und zwar diesmal des Angebots (vgl. dazu Kaufer, Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, ZHR 1967, 301 ff., 306/308). Die dadurch mögliche weite Definition des relevanten Marktes ist sehr bald kritisiert worden (vgl. Kaysen-Turner, S. 134 und Note, Product Market Definition under the Sherman and the Clayton Acts, 110 U. Pa. L. Rev. 861, 867 (1962)) und ist für Sec. 7 Clayton Act ausdrücklich abgelehnt worden (vgl. U.S. v. Brown Shoe Co., 179 F. Supp. 721, 731-32 (E. D. Mo. 1959)).

191) A.a.O., S. 527.

192) Die Entscheidung war mit 5 gegen 4 Stimmen sehr knapp ausgefallen.

193) A.a.O., S. 535.

"Competition is never more irrevocably eliminated than by buying the customer for whose business the industry has been competing." 194)

Dabei komme es nicht auf Prozentsätze an; entscheidend sei, wie schon von der Klägerseite hervorgehoben, der Umfang des in Mitleidenschaft gezogenen Geschäftsvolumens. Mit einem jährlichen Bedarf an Stahl im Werte von über 5 Mill. Dollar sei das dem Wettbewerb entzogene Nachfragepotential von Consolidated keinesfalls unbeachtlich. 195) Aber auch prozentmäßig sei es alarmierend, wenn ein Gigant wie U.S. Steel mit einem Marktanteil von 32 % im ganzen Lande und 51 % im Westküstegebiet einen Weiterverarbeitungsbetrieb aufkaufe, dessen Bedarf an Formstahl und Stahlblechen 13 % des auf dem Westküstemarkt insgesamt verarbeiteten Materials ausmache. Die von der Mehrheit des Gerichts getroffene Entscheidung sei daher eine klare Fehlentscheidung. 196)

c) Die Kritik von Justice Douglas an dieser Entscheidung wurde von vielen Beobachtern geteilt. Es herrschte ein allgemeines Unbehagen an der Antikonzentrationsrechtsprechung des Supreme Court, soweit sie Unternehmenszusammenschlüsse betraf. In Kreisen des Kongreß gelangte man zu der Auffassung, daß der Sherman Act kein geeignetes Instrument sei, die diesbezüglich in ihn ge-

---

194) A.a.O., S. 537.

195) A.a.O. Justice Douglas weist dabei auf die Entscheidung in International Salt Co. v. U.S., 332 U.S. 392 (1947) hin, in der der durch Koppelungsverträge erzwungene Absatz von Salz im Werte von jährlich nur 500 000 US $ auch nicht für unbeachtlich gehalten wurde.

196) A.a.O. S. 538/39. Justice Douglas legte in seinen Ausführungen, wie schon vor ihm Judge L. Hand in der Alcoa-Entscheidung, großes Gewicht auf die Intentionen des Sherman Act, der insbesondere dazu geschaffen worden sei, wirtschaftliche Machtkonzentrationen in Schranken zu halten. Diesen in dieser Zielsetzung zum Ausdruck gekommenen Auftrag des Gesetzgebers habe das Gericht nicht nur in der U.S. Steel und in der International Harvester-Entscheidung der Zwanzigerjahre übersehen; es habe ihn im vorliegenden Fall erneut außer Acht gelassen. Neale beurteilt die in dem "dissent" von Justice Douglas zum Ausdruck gekommene Auffassung wie folgt: "There is a sense indeed in which this doctrine is but the 'logical conclusion' of much that has gone before in the law of monopolizing" (a.a.O., S. 153).

setzten Erwartungen zu erfüllen. [197] Demgegenüber erschien der Clayton Act eher geeignet, Konzentrationstendenzen zu begegnen. In seinem ursprünglichen Wortlaut aus dem Jahre 1914 hatte sich jedoch auch Sec. 7 Clayton Act als stumpfe Waffe gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen erwiesen. [198] So kam es im Jahre 1950 mit Erlaß des Celler-Kefauver Act [199] durch den Kongreß zu einer Neufassung dieser Bestimmung, was schließlich eine neue Ära der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung einleiten sollte. [200]

Dies bedeutet freilich nicht, daß damit die Entwicklung unter dem Sherman Act zu einem völligen Stillstand gekommen ist. Vielmehr hat die nun einsetzende "merger"-Rechtsprechung des Supreme Court nach Sec. 7 Clayton Act auch, wie schon in dem oben erwähnten dictum von Justice Reed im Columbia Steel-Fall angedeutet [201], zu einer Neubelebung der Sherman Act-Rechtsprechung geführt. Der gegenwärtige Stand der Sherman Act-Rechtsprechung zum Konzentrationsproblem wird in zwei neueren Entscheidungen deutlich, die im folgenden behandelt werden sollen.

---

197) Vgl. H.R. Rep. No. 1191, 81st Cong., 1 st Sess. 10-11 (1949); Martin, Mergers and the Clayton Act, 1959, insbes. S. 252 f.; Brown Shoe Company v. U.S., 370 U.S. 294 (1962).
Weitere Beunruhigung stiftete ein Bericht der Federal Trade Commission über eine neue Fusionswelle in der amerikanischen Wirtschaft (Report of the Federal Trade Commission on the Merger Movement, a Summary Report, 1948).

198) Sec. 7 Clayton Act erfaßte in seiner ursprünglichen Form nur Zusammenschlüsse, die durch den Erwerb der Aktien des betreffenden Unternehmens herbeigeführt wurden, nicht aber solche, die auf sonstige Weise erreicht wurden. Sie war im wesentlichen gegen die Bildung von Holdinggesellschaften gerichtet (vgl. oben Anm. 180).

199) Celler-Kefauver Act vom 29.12.1950, 64 Stat. 1125; 15 U.S. C. 18.

200) Nach ihrem neuen Wortlaut (vgl. oben S. 19) erfaßt Sec. 7 Clayton Act jede Form des Zusammenschlusses, insbes. auch den durch Erwerb einzelner Vermögensteile des betr. Unternehmens (vgl. dazu unten Anm. 281).

201) Vgl. oben S. 60.

II. Die Entwicklung unter dem Sherman Act nach 1950

1. United States v. First National Bank and Trust Co. of Lexington [202]: Aktualisierung der alten "railway-merger"-Fälle und des Columbia Steel-Falls

Gegenstand dieser Entscheidung war der Zusammenschluß von First National Bank and Trust Co. und Security Trust Co., zweier Geschäftsbanken in Lexington, Kentucky, zu einem Bankunternehmen, der First Security National Bank and Trust Co. Die Aktivität beider Banken sowie die der restlichen sechs Banken, mit denen erstere in Wettbewerb standen, war im wesentlichen auf das Gebiet um Lexington (Fayette County) konzentriert, weshalb dieses als relevanter geographischer Markt angenommen wurde. Als relevanter sachlicher Markt wurde die Tätigkeit im Rahmen des Geschäftsbankgewerbes und des Trustgeschäfts bestimmt. [203]

Auf First National, die größte unter den lokalen Banken, entfielen etwa 40 % des Geschäftsbankgewerbes, auf Security Trust, die viertgrößte, entfielen etwa 13 %. Diesen insgesamt 53 % standen die übrigen 4 Banken mit Anteilen von 17 %, 13 %, 9 % und 8 % gegenüber. Auf dem Gebiet des Trustgeschäfts war das Übergewicht der zusammengeschlossenen Unternehmen noch deutlicher: Security Trust mit 50 % und First National mit 44 % vereinigten insgesamt 94 % dieses Marktes auf sich. Der im Rang nächste Wettbewerber betreute nur noch 3 % des zu verwaltenden Trustvermögens. [204]

Das Justizministerium warf den Banken vor, der Zusammenschluß verletze Sec. 1 und 2 Sherman Act. [205] Justice Douglas stellte dazu für die Mehrheit des

---

202) 376 U.S. 665 (1964); vgl. dazu Markert, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen und Gemeinschaftsunternehmen als Kartelle, AWD 1964, 186 ff.

203) A.a.O., S. 667 f.

204) A.a.O., S. 668 f.

205) Der Fall wurde unter Sec. 1 und 2 Sherman Act angestrengt, weil nicht klar war, ob der Clayton Act neben dem Bank Merger Act von 1960 (74 Stat. 129; 12 U.S.C. (Supp. IV) § 1828 (c)) Anwendung findet. Nach letzterem Gesetz war der vorliegende Zusammenschluß bereits genehmigt worden. Diese Frage ist inzwischen geklärt i.S. der gleichzeitigen Anwendbarkeit von Sec. 7 Clayton Act (vgl. U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963)). Auch der zweite Bank Merger Act von 1966 (80 Stat. 10; 12 U.S.C. § 1828 (c)) hat an der Anwendbarkeit von Sec. 7 Clayton Act auf Bankenzusammenschlüsse nichts geändert (vgl. U.S. v.

Gerichts - die Entscheidung wurde von sieben Richtern befürwortet - fest, daß mit dem Zusammenschluß zwar keine "räuberische" Absicht verfolgt worden, daß dadurch aber in erheblichem Maße Wettbewerb auf dem relevanten Markt ausgeschaltet worden sei, was allein schon eine "unreasonable restraint of trade" i.S. von Sec. 1 Sherman Act darstelle. Hinzu komme, daß infolge des Übergewichts, das First Security durch den Zusammenschluß auf dem Markt erhalte, auch der noch verbleibende Wettbewerb mit großer Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt werde:

> "There is testimony in the record from three of the four remaining banks that the consolidation will seriously affect their ability to compete effectively over the years; that the "image" of "bigness" is a powerful attraction to customers, an advantage that increases progressively with disparity in size; and that the multiplicity of extra services in the trust field which the new company could offer tends to foreclose competition there." 206)

Zur Rechtfertigung der ersten Feststellung, eine Wettbewerbsbeschränkung sei dann gegeben, wenn durch den Zusammenschluß erheblicher Wettbewerb zwischen den sich zusammenschließenden Unternehmen ausgeschaltet werde, weist Justice Douglas auf die nach seiner Ansicht nach wie vor bestehende Autorität der Northern Securities -, der Union Pacific-, der Reading- und der Southern Pacific-Entscheidung hin:

> "The four railroad cases at least stand for the proposition that where merging companies are major competitive factors in a relevant market, the elimination of significant competition between them, by merger or consolidation, itself constitutes a violation of § 1 of the Sherman Act." 207)

Fortsetzung der Fußn. 205) von S. 65:
First City National Bank of Houston, 386 U.S. 361 (1967) und U.S. v. Third National Bank in Nashville, 88 S. Ct. 882 (1968) sowie Reycraft, Bank Merger Compliance with the Antitrust Laws, 12 Antitrust Bull. 445 (1967)).

206) A.a.O., S. 669.

207) A.a.O., S. 671 f. Interessant ist die Interpretation, die Brodley (Oligopoly Power under the Sherman and the Clayton Acts - From Economic Theory to Legal Policy, 19 Stan. L. Rev. 285, 313/14 (1967)) diesem Fall gibt: Ausgehend von der Fallkonstellation ("the merger... would have created a dominant firm nearly three times the size of its nearest competitor in a highly concentrated oligopoly market") und dem dafür vom Gericht geprägten Begriff der "major competitive factors" entnimmt er dem Lexington Bank-Fall ein generelles Verbot für Unternehmenszusammenschlüsse im

Zur Unterstützung der zweiten Feststellung, ein Kriterium für das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung sei auch die Stärke des verbleibenden Wettbewerbs nach dem Zusammenschluß sowie die wahrscheinliche Wirkung von letzterem auf die weitere Entwicklung dieses Wettbewerbs, verweist Justice Douglas auf die Columbia Steel-Entscheidung. Zwar sei diese Entscheidung im Ergebnis konzentrationsfreundlich ausgefallen; dies sei jedoch auf die besonderen Umstände dieses Falls zurückzuführen. [208] Die rechtlichen Ausführungen in dieser Entscheidung unterstützten jedenfalls das Urteil im vorliegenden Fall. Tatsächlich enthielt der im Columbia Steel-Fall aufgestellte Katalog der bei der Ermittlung einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Sherman Act zu berücksichtigenden Faktoren, wie wir gesehen haben, auch die im vorliegenden Fall angesprochenen Kriterien, nämlich die Stärke des verbliebenen Wettbewerbs sowie die wahrscheinliche Entwicklung des betreffenden Marktes. [209]

Damit ist aber das aktualisiert worden, was, wie schon mehrfach angesprochen, als Möglichkeit einer neuen Entwicklung von Justice Reed im Columbia Steel-Fall angedeutet wurde: Eine Interpretation des Sherman Act im Lichte von Sec. 7 Clayton Act. [210] Das kann nicht soweit gehen, daß, wie es im Minderheitsvotum der Mehrheit des Gerichts vorgeworfen wird, Kriterien des Sec. 7 Clayton Act für die Beurteilung von Sherman Act-Fällen blind übernommen werden, [211] denn nichts kann darüber hinwegtäuschen, daß nach dem eindeutigen Wortlaut des Sherman Act das tatsächliche Vorliegen, nicht das wahrscheinliche Eintreten einer Wettbewerbsbeschränkung erforderlich ist. [212] Die Frage des "prospective restraint" ist aber dann von Bedeutung, wenn es darum geht, die Schwere einer bereits vorliegenden Wettbewerbsbeschränkung und ihre wahrscheinlichen Auswirkungen in der Zukunft zu beurteilen. So viel jedenfalls scheint vorliegendem

---

Fortsetzung der Fußn. 207) von S. 66:
engen Oligopol. Dies werde insbesondere durch die Bezugnahme des Gerichts auf die "railway merger cases", die ähnliche Fallkonstellationen zum Gegenstand gehabt hätten, deutlich.

208) A.a.O., S. 672.

209) Vgl. U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 527-28 (1948) und oben S. 59.

210) A.a.O., S. 507, Anm. 7; vgl. dazu die in Anm. 181 und 182 zitierten "Notes".

211) A.a.O., S. 679: "...this is ... a Clayton Act case masquerading in the garb of the Sherman Act."

212) Vgl. dazu Note, U.S. v. First National Bank and Trust Co. of Lexington - Mergers Under Section 1 of the Sherman Act, 60 Nw. U.L. Rev. 738, 743 (1965).

Fall entnommen werden zu können. [213]

Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act läßt sich aus der vor kurzem ergangenen Entscheidung im sog. Grinnell-Fall ersehen. In ihr hat insbesondere erneut die von Turner empfohlene enge Marktdefinition in Zusammenschlußfällen Anerkennung empfunden. [214]

2. United States v. Grinnell Corp. [215]:
Zurück zu einer engen Definition des relevanten Marktes

Die Grinnell Corp. ist Herstellerin von Installationseinrichtungen und Beriese-lungsanlagen zur Brandbekämpfung. Sie kontrollierte außerdem drei Unternehmen, die sich alle auf dem Gebiet des sog. Central Station Protective Service (CSPS) betätigen. Hierbei handelt es sich um ein zentral organisiertes Alarmsystem, das insbesondere dazu dient, Feuersbrünste oder Einbrüche in Warenhäusern, Bürogebäuden etc. unmittelbar an zentral eingerichtete Alarmstellen zu melden, von wo aus dann sofort geeignete Hilfsmaßnahmen durch eigene Wachleute bzw. Einschaltung von Polizei oder Feuerwehr eingeleitet werden können. Die drei von Grinnell kontrollierten Unternehmen sind die größten auf diesem Gebiet in den Vereinigten Staaten. Die American District Telegraph Co. (ADT), die größte der drei, verfügt über 73 % des CSPS-Geschäfts, die Holmes Electric Protective Co. (Holmes) über 12,5 % und die Automatic Fire Alarm Co. of

---

213) Diese Auffassung findet eine Unterstützung in der "concurring opinion" der Justices Brennan and White im Lexington Bank-Fall. Diese Richter wollen das Ergebnis der Mehrheit allein darauf stützen, daß die im Columbia Steel-Fall aufgestellten Kriterien vorliegend erfüllt sind (a.a.O., S. 673). Demgegenüber scheinen die Auffassungen, der im Lexington Bank-Fall entwickelte Test entspreche dem in U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963) angewandten Sec. 7 Clayton Act-Test (so Note, Merger Litigation Under the Sherman Act-Choice or Echo, 18 Sw. L. J. 712, 721 (1964)) bzw. der Lexington Bank-Test sei sogar strikter als der Clayton Act-Test, da er ein per se-Verbot für Zusammenschlüsse aufstelle (so Note, Mergers Under Sec. 1 Sherman Act, 60 Nw. U. L. Rev. 738, 746, 748 (1965)), zu weit zu gehen.

214) Turner, Antitrust Policy and the Cellophane Case, 70 Harv. L. Rev. 281, 304 - 305 (1956); vgl. oben S. 55 f.

215) 16 L. Ed. 2d 778 (1966); vgl. dazu Markert, Die Fusionsrechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der USA im Gerichtsjahr 1965/66, WuW 1966, 855, 861 sowie v. Tirpitz, AWD 1967, 7.

Delaware (AFA) schließlich verfügt über 2 % dieses Gewerbezweigs; zusammen stellen sie also über 87 % der vorhandenen Anlagen dieser Art.

Ursprünglich wollte Grinnell selbst in dieses Geschäft einsteigen, zog es aber dann vor, zunächst die Aktien von Holmes und AFA und später, im Jahre 1953, auch die von ADT (zu 76 %) aufzukaufen. Diese drei Unternehmen, insbesondere ADT, hatten schon zuvor ihrerseits eine Reihe gleichartiger Service-Betriebe erworben. Durch den Zusammenschluß war es Grinnell möglich, die drei angeschlossenen Unternehmen direkt mit dem von ihnen für ihre CSPS-Systeme benötigten Anlagen zu beliefern. Unabhängig von diesen Zusammenschlußvorgängen hatten die beteiligten Unternehmen zwischen 1904 und 1954 zahlreiche Gebietsaufteilungs- und Preisabsprachen getroffen, die ebenfalls zur jetzigen Größe beigetragen haben. [216]

Das Distriktgericht, in der Person von Judge Wyzanski, entschied, daß die vier Unternehmen mit ihrem Verhalten Sec. 1 und 2 Sherman Act verletzt hatten. [217] Judge Wyzanski führte dazu u.a. aus, daß eine Methode, die in Sec. 2 Sherman Act erforderliche anfechtbare marktbeherrschende Stellung darzutun, der Nachweis sei, daß das beklagte Unternehmen einen überwältigenden (wenn auch nicht mathematisch genau definierbaren) Anteil am Markte inne habe, es sei denn, die Beklagte weist ihrerseits nach, daß diese Position ausschließlich auf ihrer eigenen Leistung beruhe. [218] Bezogen auf den vorliegenden Fall fuhr Judge Wyzanski fort:

> "This case goes far beyond the line justifying a presumption of monopolistic power ... this share rests not on skill not even on neutrally normal business methods but on violations of per se rules and on acquisitions indicating that that growth was a response to external grasp, not to internal grip." [219]

Die Entscheidung von Judge Wyzanski wurde durch den Supreme Court bestätigt. [220] Justice Douglas, der wiederum das Mehrheitsvotum abfaßte, umschrieb die für Sec. 2 Sherman Act notwendigen zwei Voraussetzungen wie folgt:

a) Der Besitz einer beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt, und

b) der bewußte (willful) Erwerb oder die bewußte Aufrechterhaltung dieser

---

216) A.a.O., S. 778 - 785.
217) U.S. v. Grinnell Corp., 236 F. Supp. 244 (1964).
218) A.a.O., S. 257.
219) A.a.O.
220) U.S. v. Grinnell Corp., 16 L. Ed. 2d 778 (1966).

Stellung im Unterschied zu Wachstum oder Entwicklung infolge besserer Leistung, höheren unternehmerischen Könnens oder historischen Zufalls. [221]

Das Problem des Falls, so führte Justice Douglas aus, sei die Bestimmung des relevanten Marktes. Aus der Vielfalt der angebotenen automatischen und nicht-automatischen Sicherungssysteme bis hin zur einfachen Bewachung durch einen Nachtwächter falle das CSPS-System durch besondere Perfektion heraus. Die Sonderstellung des CSPS-Systems ergebe sich u.a. daraus, daß die Versicherungsgesellschaften in Anerkennung der besonderen Verläßlichkeit dieses Systems bei Verwendung desselben Vorzugstarife gewährten. Dieser Vorteil sei im übrigen größer als die Mehraufwendungen, die das CSPS-System gegenüber anderen automatischen Anlagen verursache. "Reasonable interchangeable" i.S. des im Cellophane-Fall entwickelten Marktabgrenzungstests [222] seien daher nur die CSPS-Systeme untereinander; sie stellten den relevanten Markt dar. [223] Eine weitere Aufteilung des CSPS-Systems dagegen in ein Feueralarmsystem, Einbruchalarmsystem etc. sei unrealistisch. Denn um wirksam konkurrieren zu können, müsse ein komplettes System all dieser Spielarten angeboten werden. [224]

Interessant ist in diesem Zusammenhang noch der Hinweis des Gerichts, daß bzgl. des anzuwendenden Marktabgrenzungstests kein Unterschied zwischen Sherman-Act und Clayton Act-Fällen zu machen sei. [225] Damit bestätigt der Supreme

---

221) A.a.O., S. 786.

222) Vgl. U.S. v. E. J. DuPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 395, 404 (1956).

223) A.a.O., S. 787. Judge Wyzanski faßte dies prägnant wie folgt zusammen: "... the accredited CSPS is a relevant market, since there is a major product difference far transcending the obvious possible minimal cross-elasticity of demand." (236 F. Supp. 244, 250 (1964)).

224) A.a.O., S. 787 unter Hinweis auf U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S., 321, 356 (1963) und den Lexington Bank-Fall, in denen auch ein ganzes Bündel von einzelnen Dienstleistungen unter dem Begriff "commercial banking" zusammengefaßt worden sei.

225) "We see no reason to differentiate between 'line' of commerce in the context of the Clayton Act and 'part' of commerce for purpose of the Sherman Act" (a.a.O., S. 788). Zustimmend Handler, Some Misadventures in Antitrust Policy-making, 76 Yale L. J. 92, 113 n. 165 (1966/67); vgl. dazu auch die sehr eingehende Darstellung bei Upshaw, The Relevant Market in Merger Decisions: Antitrust Concept or Antitrust Device, 60 Nw. U. L. R. 424 (1965) und Note, Product Market Definition Under the Sherman and Clayton Acts, 110 U. Pa. L. Rev. 861 (1962).

Court die Feststellung, die oben in Zusammenhang mit dem Cellophane-Fall in Anlehnung an Turner gemacht wurde [226], daß nämlich in Zusammenschlußfällen im Gegensatz zu Einzelmonopolfällen prinzipiell von einer engen Marktdefinition auszugehen ist, und zwar, wie nun der Supreme Court betont, unabhängig vom angewandten Gesetz. [227]

Der geographisch relevante Markt erstrecke sich, so betonte Justice Douglas weiter, trotz der Tatsache, daß das jeweilige Einzugsgebiet einer zentralen Alarmstelle nicht größer sei als 25 Meilen im Radius, über die ganzen Vereinigten Staaten. Nur dieser Markt entspreche der großräumig angelegten Geschäftspolitik der Unternehmensgruppe, wie sie unter dem koordinierenden Einfluß von Grinnell in der Preis- und Vertragsgestaltung, der Werbung und Planung ihren Niederschlag gefunden habe. [228]

In dem so definierten Markt komme den Unternehmen aber mit 87 % Marktanteil zweifellos eine beherrschende Stellung zu, die, da sie bewußt durch Absprachen und Zusammenschlüsse geschaffen wurde, gegen Sec. 2 Sherman Act verstoße. [229] Die vier zusammengeschlossenen Unternehmen seien daher voneinander zu trennen; darüberhinaus seien im Falle ADT die lokalen Märkte zu verselbständigen. [230]

---

226) Vgl. oben S. 55 f.

227) Insofern bedarf also die Feststellung von Günther (Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1960, S. 8 f.) und Kaufer (Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, ZHR 1967, 301, 313 f.), eine Marktabgrenzung in Sec. 2 Sherman Act-Fällen sei grundsätzlich weit, die in Sec. 7 Clayton Act-Fällen grundsätzlich eng vorzunehmen, der Einschränkung, daß dies nicht für Fusionsfälle gilt. Für sie gilt infolge der gleichen Sach- und Interessenlage auch die gleiche enge Marktdefinition, grundsätzlich orientiert an der Identität bzw. besonders leichten Substituierbarkeit der betr. Produkte (vgl. dazu Note, Product Market Definition under the Sherman and Clayton Acts, a.a.O., S. 875 - 877).

228) A.a.O., S. 789. Diese Marktbestimmung wurde insbesondere im dissent von Justice Fortas angegriffen (a.a.O., S. 797).

229) A.a.O.

230) A.a.O., S. 790.

III. Zusammenfassung

1. Wie eingangs dargestellt sind es im wesentlichen drei wirtschaftspolitische Ziele, die die Konzeption der amerikanischen Antitrustgesetze bestimmen:

(1) die Durchsetzung eines "standard of fair conduct" im Verkehr der Wirtschaftssubjekte untereinander;

(2) die Ermöglichung optimaler Marktergebnisse und

(3) die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs durch die Begrenzung von Marktmacht.

Allen drei Zielsetzungen wurde von den Gerichten in den bisher untersuchten Entscheidungen zum Sherman Act Rechnung getragen, allerdings mit im einzelnen sehr unterschiedlicher Akzentuierung. Diese unterschiedliche Betonung hat ihren Niederschlag gefunden in drei verschiedenen Betrachtungsweisen, nach denen der Sherman Act ausgelegt und zur Anwendung gebracht wurde. Diese sind:

(1) die abuse, predatory practices oder conduct theory, die im wesentlichen auf ein faires und wettbewerbsgerechtes Marktverhalten abstellt;

(2) die business performance theory, die in erster Linie ein günstiges Marktergebnis im Auge hat, und

(3) die structure theory, die die Erhaltung einer wettbewerbsgerechten Marktstruktur in den Vordergrund stellt.

a) Die sog. abuse theory

Diese Betrachtungsweise ist die älteste. Sie begegnete uns schon in der dissenting opinion von Justice Holmes im Northern Securities Fall, sie klingt im Standard Oil Fall an und sie bestimmte wesentlich das Ergebnis im U.S. Steel- und International Harvester-Fall. [231] Sie geht zurück auf die Intentionen der Väter des Sherman Act, deren Sorge zwar, wie eingangs erwähnt, dem bedrohlichen Anwachsen großer wirtschaftlicher Machtstellungen auf dem amerikanischen Markt galt, die aber nicht so sehr durch die dadurch den einzelnen Unternehmen erwachsende Marktmacht beunruhigt waren, sondern denen es in erster Linie um die Eindämmung von in dieser Situation durch diese Unternehmen begangenen räuberischen und ausbeuterischen Geschäftspraktiken gegenüber ihren kleineren Mitwettbewerbern ging. [232] Hierzu diente das Verbot der "restraint of trade" in

231) Vgl. oben S. 34 ff. und 36 ff.

232) Vgl. dazu Mason, Economic Concentration and the Monopoly Problem, 1957, S. 344 f., insbesondere Anm. 27.

Sec. 1 Sherman Act und hierzu diente auch der "monopolizing"-Tatbestand des Sec. 2 Sherman Act, der ja, wie im Standard Oil-Fall ausgeführt, nur als ein Ergänzungstatbestand zu Sec. 1 verstanden wurde [233], für den Fall nämlich, daß ein Einzelunternehmen einseitig Handlungen vornimmt, die nach Sec. 1 verboten sind [234]. So gesehen war der "monopolizing"-Tatbestand schon immer dann erfüllt, wenn einem Einzelunternehmen räuberische oder sonst i.S. von Sec. 1 Sherman Act verwerfliche oder unfaire Geschäftspraktiken nachgewiesen werden konnte. [235] Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal "monopoly" in Sec. 2 Sherman Act hatte in diesem Zusammenhang weniger die Bedeutung von "control of the market", wie es die Ökonomen verstehen, sondern mehr die von "restriction of competition". [236] "Monopoly" in diesem Sinne war daher, etwas überspitzt formuliert, immer dann, im übrigen aber auch nur dann gegeben, wenn "predatory practices" nachgewiesen werden konnten. [237] Infolgedessen kam es auch nicht darauf an, minuziös den relevanten Markt abzugrenzen.

---

233) Vgl. Standard Oil of New Jersey v. U.S., 221 U.S. 1, 60 (1911) und oben S. 30 mit Anm. 51.

234) Vgl. Hale and Hale, Market Power: Size and Shape and the Sherman Act, 1958, S. 29 und 124. Von der Tatbestandsalternative "to combine or conspire ... to monopolize" in Sec. 2 Sherman Act soll hier einmal abgesehen werden. Ob dieser Tatbestandsalternative überhaupt eine Eigenbedeutung gegenüber dem "conspiracy"-Tatbestand in Sec. 1 zukommt, erscheint fraglich (vgl. Hale and Hale, a.a.O., S. 126).

235) Entsprechend war die Tatbestandsalternative "to attempt to monopolize" schon immer dann erfüllt, wenn der Nachweis eines entsprechenden Vorsatzes (specific intent) gelang.

236) Vgl. Mason, a.a.O., S. 342 - 343.

237) Vgl. Mason, a.a.O.; Kaysen-Turner, Antitrust Policy, 1959 S. 20 und Mestmäcker, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWGV in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift f. W. Hallstein, 1965, S. 322 ff., 337. Indessen wäre die Interpretation dieser Rechtsprechung einseitig, würde man in dieser Betrachtungsweise nicht auch den Versuch der Gerichte sehen, aus der Tatsache der Ausübung von Monopolmacht durch die Unternehmen auf das tatsächliche Bestehen einer solchen Macht i.S. echter Marktkontrolle zurückzuschließen. Dies macht u.a. auch der U.S. Steel-Fall deutlich (vgl. Note, Section 2 of the Sherman Act- Is a Per Se Test Feasible ? 50 Iowa L. Rev. 1196, 1203 (1965) und Att. Gen. Rep. S. 50 f.).

Für den in unserem Zusammenhang interessierenden Fall des Unternehmenszusammenschlusses bedeutet dies, daß ein Zusammenschluß, solange er friedlich und im Einverständnis der beteiligten Unternehmen, also normalem Geschäftsverhalten entsprechend, vollzogen wurde, weder unter Sec. 1 noch unter Sec. 2 Sherman Act fallen konnte, ganz gleich in welchen Größenordnungen er sich bewegte. Erst wenn im Gefolge der Anbahnung oder des Vollzugs eines solchen Zusammenschlusses im oben genannten Sinne verwerfliches Verhalten festgestellt werden konnte, geriet auch der Zusammenschluß selbst in den Verbotsbereich des Sherman Act. [238]

Nach diesem Test muß sich also die Vorwerfbarkeit eines bestimmten Verhaltens in diesem selbst manifestieren, die Art und Weise des Verhaltens selbst muß Unrechtsmerkmale aufweisen. Geschützt wird bei dieser Betrachtungsweise in erster Linie der einzelne Marktteilnehmer gegen Übergriffe seiner Mitwettbewerber [239]; erst als mittelbaren Effekt dieser Verhaltenskontrolle hofft man auch die Entstehung übermäßiger Marktmacht verhindern und damit letzten Endes der Institution Wettbewerb als einem Ordnungsfaktor im Wirtschaftsablauf Rechnung tragen zu können. [240]

b) Die sog. business performance theory

Sehr verwandt mit der abuse theory ist die business performance theory, wie sie in den Erörterungen zur Rechtsfolge im Alcoa- und USM-Fall und in der Columbia Steel- und Cellophane-Entscheidung zum Ausdruck kam. [241] Stellt erstere ein faires Marktverhalten in den Vordergrund, so fügt letztere ein weiteres Kriterium für unternehmerisches Wohlverhalten hinzu: das der Erzielung eines zufriedenstellenden Marktergebnisses. Dieses drückt sich im wesentlichen aus in der hohen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens auf dem Gebiet der Produktion und der Verteilung (efficiency) sowie in seiner technologischen Fortschrittlichkeit (progressiveness). [242] Ist das Marktergebnis, das ein Unter-

238) Vgl. Mason, a.a.O., S. 343 und 345.

239) Vgl. Mason, a.a.O., S. 346; Singer, Antitrust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models, 1968, S. 40 f.; Hale and Hale, a.a.O., S. 23.

240) Vgl. Mason, Preface to Kaysen-Turner, S. XIV und Mueller, The New Antitrust: A "Structural" Approach, 12 Vill. L. Rev. 764, 769-779 (1967).

241) Vgl. oben S. 49 ff. und S. 61.

242) Vgl. dazu Bain, Industrial Organization, 1959, S. 342; Kaysen-Turner, S. 11 f. und S. 62 - 70; Stocking, Workable Competition and Antitrust Policy, 1961, S. 374; Caves, American Industry: Structure, Conduct, Performance, 1964, S. 95 und neuerdings Mueller, a.a.O., S. 769 - 779.

nehmen zeitigt, gut, und entspricht im übrigen sein Verhalten normalen Geschäftsmethoden, so besteht kein Anlaß zu gerichtlichem Einschreiten, weder nach Sec. 1 noch nach Sec. 2 Sherman Act. [243] Im Rahmen von Sec. 2 Sherman Act spielt es auch keine Rolle, ob durch das Verhalten eines Unternehmens, etwa durch einen Zusammenschluß mit einem anderen Unternehmen, Marktmacht erreicht oder weiter ausgebaut wird. Ja, die Erreichung einer beachtlichen Unternehmensgröße wird als eine Voraussetzung zur Erzielung eines guten Marktergebnisses und zum Bestehen in einem global verstandenen Wettbewerb geradezu für notwendig gehalten. [244]

Auch im Rahmen dieses Tests kommt der Frage der Marktabgrenzung naturgemäß wenig Bedeutung zu. Wird eine solche vorgenommen, so werden die Grenzen sehr weit gesteckt, um, wie im zweiten Alcoa-, im Columbia-Steel- und im Cellophane-Fall auch noch dem entferntesten Substitutionswettbewerb Rechnung zu tragen. [245]

c) Die sog. structure theory

aa) Die dritte von den amerikanischen Gerichten zur Auslegung des Sherman Act entwickelte Betrachtungsweise, die structure theory, hat mit der zweiten, der business performance theory, gemeinsam, daß in ihr ebenfalls auf die Wirkung des zu beurteilenden Unternehmensverhaltens abgestellt wird, und nicht, wie bei der abuse theory, die Vorwerfbarkeit des betreffenden Verhaltens in diesem selbst zu suchen ist. Während aber bei der business performance theory die Wirkung des Verhaltens auf das zu erwartende Marktergebnis ausschlaggebend ist, kommt es im Rahmen der structure theory auf die Auswirkung des Verhaltens auf die Marktstruktur an, denn

> "... an industry which does not have a competitive structure will not have competitive behavior" [246].

---

243) Vgl. Kaysen-Turner, S. 53.

244) Vgl. dazu die Vertreter der "New Competition", insbesondere Schumpeter, Capitalism, Socialism, and Democracy, 1942; Galbraith, American Capitalism, The Concept of Countervailing Power, 1952; neuerdings ders., The New Industrial State, 1967; Lilienthal, Big Business: A New Era, 1953; Kaplan, Big Enterprise in a Competitive System, 1954; vgl. ferner oben S. 51 f.

245) Vgl. oben S. 51 und S. 53 f. und S. 62.

246) U.S. v. E. J. DuPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 426 (1956) (dissenting opinion).

Dies ist die etwas überspitzte Formulierung der Einsicht, daß ein innerer Zusammenhang zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis besteht, und daß auf lange Sicht ein zufriedenstellendes Marktergebnis ohne staatliche Einflußnahme auf die Unternehmen nur dann zu erzielen ist, wenn die Unternehmen bei ihren Entscheidungen unter Wettbewerbsdruck stehen, was wiederum auf lange Sicht eine wettbewerbsgerechte Marktstruktur zur Voraussetzung hat. [247]

Im Unterschied zu den beiden anderen Tests macht diese grundsätzlichere, strukturelle Betrachtungsweise in jedem einzelnen Fall eine sorgfältige Abgrenzung und Analyse des betreffenden Marktes notwendig, die die einzelnen Strukturdaten, wie z.B. die Zahl und Größenverteilung der am Markt beteiligten Unternehmen und die Höhe der Marktschranken, gegeneinander abwägt. [248] Verändert das zu beurteilende Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen diese Strukturdaten in einer Weise, die die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf diesem Markt spürbar und unmittelbar beeinträchtigt oder überhaupt ausschaltet, dann fällt dieses Verhalten allein aufgrund dieser Auswirkung auf den Wettbewerb in den Verbotsbereich des Sherman Act.

Damit hat der Vorwurf, dem ein bestimmtes Verhalten nach dem Sherman Act ausgesetzt sein kann, eine völlige Objektivierung erfahren; nicht mehr der Schutz des einzelnen Wettbewerbers gegen Übergriffe seiner Mitwettbewerber, sondern die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als Institution steht nunmehr im Mittelpunkt des Interesses. [249] Maßstab für das Ausmaß des zu erstrebenden bzw. des

---

247) Vgl. Kaysen-Turner, S. 71 und Mueller, a.a.O., S. 766. Dieser Zusammenhang zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis ist allerdings nur in den Modellfällen der vollkommenen Konkurrenz und des absoluten Monopols evident und zwingend. In den dazwischen liegenden Fällen, durch die die Praxis bestimmt ist, wird die Marktstruktur immer nur Anhaltspunkte für das zu erwartende Verhalten geben können. "Thus we speak of market structure conditioning rather than determining the behavior of the firms." (Kaysen-Turner, S. 71 Anm. 30.)

248) Vgl. Att. Gen. Rep., S. 49/50; Kaysen-Turner, S. 71 - 75 und Mueller, a.a.O., S. 783 ff. Kaysen-Turner nennen im einzelnen folgende relevante Strukturdaten:
"(1) the breadth of the market and the character of demand, (2) the number and size distribution of sellers and buyers, (3) the conditions of entry for new sellers and expansion for existing sellers, (4) the character and importance of product differentiation, and (5) the degree of independence of action among sellers and buyers" (a.a.O. S. 71).

249) Kaysen-Turner, S. 21.

zu erhaltenden Wettbewerbs bildet dabei aber nicht die Modellvorstellung der vollkommenen Konkurrenz 250), sondern, wie in der durch den EWG-Vertrag angestrebten Wettbewerbsordnung, das pragmatischere Konzept der "workable competition" 251), das Kaysen und Turner wie folgt umschreiben:

> "This identifies markets as workable competitive when they cannot be made more so, consistent with the requirements of efficiency and the recognition of the realities of consumer preferences and geography" 252)

und das nach Mason grob umrissen folgende Voraussetzungen hat:

> "Workable competition is considered to require, principally, a fairly large number of sellers and buyers, no one of whome occupies a large share of the market, the absence of collusion among either group, and the possibility of market entry by new firms." 253)

Mit dieser Betrachtungsweise haben erstmals Erkenntnisse der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie, insbesondere der Markttheorie, Eingang gefunden in die Entscheidungen der Gerichte. Entsprechend der Entwicklung der ökonomischen Theorie selbst, hat sich diese Betrachtungsweise aber erst spät in den gerichtlichen Entscheidungen niedergeschlagen. In den ganz frühen, der structure theory zuzurechnenden Fällen, wie z.B. in den "railway merger cases", ist davon naturgemäß noch nichts zu finden. Aber auch die neueren Entscheidungen, beginnend in den 50er Jahren, lassen diese Betrachtungsweise eher erahnen als klar

---

250) Vgl. zu den Voraussetzungen dieses Modells Singer, a.a.O., S. 15 ff. und Att. Gen. Rep., S. 337 f.

251) Das Konzept der "workable competition" geht zurück auf Clark, Towards a Concept of Workable Competition, 30 Am. Econ. Rev. 241 (1940); vgl. ferner Mason, The Current Status of the Monopoly Problem in the United States, 62 Harv. L. Rev. No. 8 (1949); Edwards, Maintaining Competition, 1949; Adelman, Effective Competition and the Anti-Trust Laws, 61 Harv. L. Rev. (1948) und neuerdings Clark, Competition as a Dynamic Process, 1961. Zum Unterschied von vollkommenem Wettbewerb und "workable competition" vgl. Att. Gen. Rep., S. 318 ff., insbesondere S. 338. Vgl. außerdem Zohlnhöfer, Wettbewerbspolitik im Oligopol, Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, 1968, S. 5 ff. und oben Teil 1 Anm. 4.

252) Kaysen-Turner, S. 81.

253) Mason, Economic Concentration and the Monopoly Problem, 1957, S. 354.

formuliert erkennen. [254] Eigentlich durchgesetzt hat sich diese rein wirtschaftlich orientierte Problembetrachtung erst in der noch darzustellenden Rechtsprechung zu Sec. 7 Clayton-Act. [255]

bb) Für die Auslegung und Anwendung des Sherman Act besagt die structure theory im einzelnen folgendes:
(1) Eine "restraint of trade" i.S. von Sec. 1 Sherman Act liegt schon dann vor, wenn das Verhalten zweier Unternehmen objektiv den Wettbewerb auf dem für die beiden Unternehmen relevanten Markt spürbar beeinflußt, d.h. Sec. 1 Sherman Act wird durch einen Unternehmenszusammenschluß schon dann verletzt, wenn er, ohne daß das Verhalten als solches Anstoß zu erregen braucht, zwischen Unternehmen erfolgt, die bedeutsame Wettbewerbsfaktoren auf dem relevanten

---

254) So ist die Umschreibung von "monopoly power" im Alcoa-Fall mit "the power to fix prices and to exclude competitors", die sich auch im Att. Gen. Rep. wiederfindet (a.a.O., S. 43) und die selbst in der neuesten Supreme Court-Entscheidung im Grinnelll-Fall wieder Verwendung gefunden hat (vgl. U.S. v. Grinnell-Corp., 161 Fd. 2d. 778, 786 (1966)), im "ökonomischen" Sinne noch wenig präzise. Mason (a.a.O., S. 387 f.) schreibt dazu: "To use these terms in attempting to define limits to the permissible degree of market power ... is not only confusing but introduces elements of moral judgment which are definitely not helpful in deciding issues that do not involve conspiratorial or predatory behavior ... ." aber: "Proper obeisance to 'the power to fix prices' and to 'exclude competitors' provides a legal blessing to what becomes a thoroughly objective examination not only of price behavior and conditions of entry but of other considerations relavant to market power and economic growth ... ." Eine sehr viel präzisere Sprache spricht demgegenüber bereits Judge Wyzanski, wenn er im USM-Fall bzgl. der dort zu beurteilenden leasing-Verträge feststellt: "... they are unnatural barriers; they unnecessarily exclude actual and potential competition; they restrict a free market ..." (U.S. v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295, 344 (D. C. Mass. 1953)).

255) Während noch im Att. Gen. Rep. von 1955 der Satz zu lesen ist, "legal requirements are prescribed by legislatures and courts, not by economic science" (a.a.O., S. 316), findet sich in der Procter & Gamble-Entscheidung des Supreme Court von 1967 die Feststellung, daß Ausgangspunkt der modernen Antikonzentrationsrechtsprechung die widerlegbare Vermutung sei, "that the market operates in accord with generally accepted principles of economic theory" (FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568, 598 (1967) (concurring opinion)).

Markt darstellen, wenn durch den Zusammenschlußvorgang in erheblichem Maße Wettbewerb zwischen ihnen ausgeschaltet wird, und wenn die so erreichte Marktposition (im Lexington Bank-Fall war es ein Marktanteil von 53 %) berechtigten Anlaß zu der Befürchtung gibt, daß der verbleibende Wettbewerb auf dem Restmarkt durch eben diese Marktstellung weiter beeinträchtigt wird.

(2) Unter den "monopolizing"-Tatbestand in Sec. 2 Sherman Act dagegen fällt jedes bewußte (willful) Verhalten eines Einzelunternehmens, das zu einer "monopoly"-Position führt oder diese verstärkt bzw. aufrechterhält. [256]

"Monopoly" wird dabei definiert als "power to fix prices and to exclude competitors", gemeint aber ist dabei Marktkontrolle im umfassenderen ökonomischen Sinne. [257] Besondere Aufmerksamkeit verdient weiter das subjektive Tatbestandselement im "monopolizing"-Tatbestand, das mit "purpose or intent" umschrieben wird. Bedeutete "purpose or intent" noch nach der abuse theory, daß einem Unternehmen, um dessen Vorgehen unter Sec. 2 Sherman Act zu subsumieren, der Vorsatz zu räuberischem oder sonst im Sinne von Sec. 1 Sherman Act verwerflichem Verhalten nachgewiesen werden mußte, so verlangt die structure theory insoweit nur noch ein sog. "element of deliberateness", d.h. einen Anhaltspunkt dafür, daß die "monopoly"-Position des betreffenden Unternehmens bewußt (willful) erworben, aufrechterhalten oder ausgenutzt wurde. [258]

---

256) Vgl. Att. Gen. Rep., S. 43.

257) Vgl. oben Anm. 254. Turner nennt in einer Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Sherman Act folgende Kriterien für die Ermittlung von "monopoly-power": "An overwhelming percentage of a properly defined market was prima facie evidence of monopoly power; the existence of one or more small competitors was not enough to refute it. Price leadership, superiority in resources, superiority in costs would be virtually conclusive; absence of new entry over a long period of highly profitable operations would be probative; evidence of actual exclusion would put a complete end to the matter." (Turner, Antitrust Policy and the Cellophane Case, 70 Harv. L. Rev. 281, 296 (1956). Man kann insoweit von einem kombinierten structure- und conduct-test sprechen. Vgl. dazu ferner Kaysen-Turner, S. 71 - 82, die darüberhinaus auch performance-Gesichtspunkte benützen.

258) Vgl. dazu Att. Gen. Rep., S. 55 - 60, insbesondere S. 55; Turner, a.a.O., S. 304. Dieses "element of deliberateness", auch "general intent" genannt i.S. etwa eines dolus generalis, darf nicht verwechselt werden mit "specific intent", der Monopolisierungsabsicht, die unabhängig von abuse oder structure theory Tatbestandsvoraussetzung des Versuchstatbestandes "to attempt to monopolize" in Sec. 2 Sherman Act ist.

Hat der "Monopolist" selbst positiv zur Erreichung bzw. Erhaltung einer Machtstellung beigetragen, so ist die Voraussetzung dieses "element of deliberateness" bereits erfüllt, und das Verhalten des "Monopolisten" unterliegt dem Verbot von Sec. 2. Da kein "Monopolist" monopolisiert "unconscious of what he is doing"[259] wird das Vorliegen dieses "element of deliberateness" in der Regel vermutet. Nur wenn es dem "Monopolisten" gelingt nachzuweisen, daß seine Marktstellung nicht auf eigenem Dazutun beruht, sondern das Ergebnis einer zwangsläufigen Entwicklung ist, wie z.B. im Falle eines natürlichen oder gesetzlichen Monopols (monopoly "thrust upon") oder aber allein auf außerordentlicher Leistung basiert, (superior skill, foresight and industry) entgeht er dem Vorwurf des "monopolizing". Doch selbst wenn der "Monopolist" auf diese Weise in der Lage sein sollte, seine Machtstellung zu rechtfertigen, kann sein weiteres Verhalten, das objektiv den Handlungsspielraum der restlichen aktuellen oder potentiellen Mitwettbewerber einschränkt und das nicht die zwangsläufige, außer seiner Kontrolle stehende Konsequenz eben dieser Machtstellung war, kurz das vermeidbar gewesen wäre, bereits wieder die subjektive Tatbestandsvoraussetzung der "deliberateness" erfüllen und Anlaß zum Eingreifen sein.[260] Dabei kann es sich um ein Verhalten handeln, das, ginge es nicht von einem "Monopolisten" aus, völlig unbeanstandet bleiben würde. Dies hat die Beurteilung der "leasing"-Verträge im USM-Fall sehr deutlich gezeigt.[261]

---

259) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416, 432 (2d Cir. 1945).

260) Kaysen-Turner (S. 107) umschreiben diese Interpretation des "Monopolisierens" wie folgt: "... it strikes down size when it is buttressed by conduct less competitive than possible."

261) Das Festhalten an der subjektiven Tatbestandsvoraussetzung von "purpose or intent" in Sec. 2 Sherman Act, wenn auch unter den sehr herabgeminderten Erfordernissen eines "element of deliberateness", hat Anlaß zu der Feststellung gegeben, daß die so verstandene structure theory im Grunde auf eine objektivierte abuse theory hinauslaufe (vgl. Hale and Hale, Market Power, Size and Shape under the Sherman Act, 1958, S. 160 ff.). Dies ist richtig. Die Erklärung dafür ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut von Sec. 2 Sherman Act, der mit dem Begriff des "monopolizing" auf ein vorwerfbares V e r h a l t e n abstellt; sie ist andererseits im Strafcharakter dieser Vorschrift zu sehen. De lege ferenda wurden daher Vorschläge gemacht, auf den Strafcharakter ganz zu verzichten. Damit werde die sog. "rule of intent" entbehrlich und der Weg frei für eine rein strukturorientierte Vorgehensweise (vgl. Att. Gen. Rep., S. 56, Anm. 211; Kaysen-Turner, S. 266 - 269, die in ihrem Gesetzgebungsvorschlag eine Entflechtungsmöglichkeit für jede Machtstellung auf dem Markt vorsehen, die nicht durch "economies of scale" gerechtfertigt und daher "unreasonabl

Übertragen auf den Fall von Unternehmenszusammenschlüssen bedeutet dies folgendes:

Ein Unternehmenszusammenschluß verstößt gegen den "monopolizing"-Tatbestand der Sec. 2 Sherman Act, wenn er, ohne daß das dabei gezeigte Verhalten als solches Anstoß zu erregen braucht, die Erreichung, Aufrechterhaltung oder Verstärkung einer "monopoly"-Stellung zur Folge hat. 262) Im Falle der Aufrechterhaltung oder Verstärkung genügt dabei schon ein größenordnungsmäßig geringfügiger Zusammenschluß. 263) Die weitere subjektive Voraussetzung von "purpose or intent", oben umschrieben mit "element of deliberateness", wirft in diesem Zusammenhang keine Probleme auf. Sie wird durch die Tatsache der Herbeiführung des Zusammenschlusses als erfüllt angesehen. 264)

Fortsetzung der Fußn. 261) von S. 80:

ist; ähnlich auch Bain, Industrial Organization, 1959, S. 607-610 und Schwartz, Monopoly, Monopolizing and Concentration of Market Power: a Proposal in: Perspectives on Antitrust Policy, 1965, S. 117 ff.). Freilich kommt auch schon die gegenwärtige Ausformung der structure theory dieser rein strukturellen, vom Marktverhalten gänzlich losgelösten Betrachtungsweise sehr nahe, und zwar einfach durch die in diesem Test aufgestellte Vermutung, daß ein Monopolist "monopolisiere", wenn immer er tätig werde. Diese Vermutung ist zwar durch den "Monopolisten" widerlegbar, aber praktisch läuft es doch auf eine Unwiderlegbarkeit hinaus. Denn es fällt schwer, sich einen Fall vorzustellen, in dem ein "Monopolist" den ihm theoretisch eingeräumten Gegenbeweis der Unvermeidbarkeit seines Handelns tatsächlich führen kann (vgl. dazu Kaysen, United States v. United Shoe Machinery Corp., 1956, S. 340 und Neale, S. 437 ff.). Wegen der Gefahren einer Stagnation des Wettbewerbs, die darin liegen kann, daß ein marktmächtiges Unternehmen aus Furcht, gegen den Sherman Act zu verstoßen, eine zu behutsame Marktstrategie betreibt, vgl. einerseits Neale, a.a.O., der insoweit erhebliche Bedenken äußert und andererseits Kaysen-Turner, S. 85-89, die hierin keine Gefahr für den Wettbewerb sehen.

262) Das Vorliegen einer "monopoly"-Stellung (=Marktkontrolle) wird bei Vorhandensein eines überwiegenden Marktanteils vermutet (vgl. oben Anm. 257). Marktanteile von 90 % im Alcoa-Fall und 87 % im Grinnell-Fall erschienen insoweit ausreichend; 24 % im Columbia Steel-Fall und 17 % im Cellophane-Fall waren es nicht.

263) Vgl. Turner, a.a.O., S. 316 und neuerdings U.S. v. Manufacturers Hanover Trust Co., 240 F. Supp. 867 (S.D.N.Y. 1965).

264) Vgl. Att. Gen. Rep., S. 61 unter Hinweis auf American Tobacco Co. v. U.S., 328 U.S. 781, 809 (1946). Daher ist auch keine "thrust upon"-Rechtfertigung möglich: "When several companies achieve monopoly power through combination or conspiracy, it cannot be said that monopoly has been "thrust upon" them" (Att. Gen. Rep., S. 60).

Zu unterscheiden von dem eben behandelten Fall des "monopolizing by combination" ist der der "combination or conspiracy to monopolize". Dieser Fall und der Tatbestand des "attempt to monopolize" sind zwei weitere selbständige Tatbestandsalternativen in Sec. 2 Sherman Act. 265) Sie kommen u.a. dann zum Zuge, wenn ein Zusammenschluß zwar nicht zu einer "monopoly"-Position geführt hat, aber eine darauf abzielende Monopolisierungsabsicht der Beteiligten (specific intent) nachgewiesen werden kann. 266)

cc) Wie schon erwähnt, kommt der Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der structure theory besondere Bedeutung zu. War es die neuere Tendenz der Rechtssprechung in Einzelmonopolfällen (single-monopoly cases), die Substitutionskonkurrenz in weitem Umfang in den abzugrenzenden Markt mit einzubeziehen (vgl. den "reasonable interchangeability test" im Cellophane-Fall) oder die Vielseitigkeit des Einsatzes der Produktionsanlagen zu berücksichtigen (vgl. den "production flexibility-test" im Columbia Steel-Fall), so hat sich für Zusammenschlußfälle unter Anknüpfung an die im Corn Product- und Alcoa-Fall entwickelte Abgrenzungspraxis sowie unter Bezugnahme auf die merger-Rechtssprechung nach Sec. 7 Clayton Act (vgl. den Grinnell-Fall) eine sehr enge Marktbestimmung durchgesetzt. Danach ist der relevante Markt möglichst auf gleichartige Güter zu beschränken, wobei an das Erfordernis der Gleichartigkeit ein sehr strenger Maßstab anzulegen ist; Substitute sind nur dann zuzulassen, wenn das den Zusammenschluß betreffende Produkt gegenüber jenen keine wesentlichen Vorteile im Wettbewerb hat, weder kosten- noch nachfragemäßig. 267)

---

265) Vgl. oben S. 19.

266) Vgl. Att. Gen. Rep., S. 61 f. und oben Anm. 258; für den Fall der "conspiracy to monopolize" vgl. American Tobacco Co. v. U.S., 328 U.S. 781 (1946) und die sog. "Filmtheater"-Fälle U.S. v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948); Schine Chain Theatre, Inc. v. U.S., 334 U.S. 110 (1948) und U.S. v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948); für den Fall der "attempt to monopolize" vgl. den oben auf S. 57 ff. behandelten Columbia Steel-Fall, insbes. S. 60 f.

267) Vgl. Turner, a.a.O., S. 296. Die Gründe, die dafür vorgebracht werden, sind dreifacher Art: Erstens sei die drohende Sanktion der Entflechtung in Zusammenschlußfällen weniger hart als in Einzelmonopolfällen. Zweitens lasse die Tatsache des Zusammenschlusses in der Regel eher ein Machtstreben als ein Rationalisierungsbedürfnis vermuten, und drittens entspreche es dem Auftrag des Gesetzgebers, mit dem Sherman Act gerade solche Machtstellungen zu verhindern, die aus Zusammenschlüssen hervorgehen (vgl. dazu Comment, "Relevant Market" under the Sherman and Clayton Acts

2. Fragt man sich nun, welcher der drei geschilderten Betrachtungsweisen der Vorzug zu geben ist, so muß die Antwort lauten: keiner allein. Jeder dieser drei Auslegungsweisen betont einseitig eines der drei eingangs genannten Ziele der Antitrustpolitik und wird daher den insgesamt in die Anwendung des Sherman Act gesetzten Erwartungen allein nicht gerecht. Während eine Betrachtungsweise, die nur das Wohlverhalten der Marktteilnehmer im Auge hat, wie die abuse- oder conduct-theory, sieht man einmal von den dabei im einzelnen auftretenden Beweisschwierigkeiten ab, nicht verhindern kann, daß sich im Laufe der Zeit eine Marktstruktur herausbildet, die, wie z.B. ein enges Oligopol, keinen Anreiz mehr für einen echten Wettbewerb bietet, bzw. eine solche Marktstruktur nicht zurückzubilden imstande ist [268] - tatsächlich sind die meisten amerikanischen Märkte infolge einer jahrzehntelangen zu stark verhaltensorientierten Antitrustpolitik durch Oligopolstrukturen gekennzeichnet [269] -, so ist ein Test, der nur auf das Marktergebnis abstellt, vor die Schwierigkeit gestellt, im Einzelfall eine Aussage darüber zu machen, wie das optimale Marktergebnis praktisch aussehen soll. Lassen sich insoweit noch hinsichtlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens einige sichere Feststellungen treffen, beispielsweise durch Zuhilfenahme von Vergleichskriterien des sog. "Als - Ob - Wettbewerbs", so versagen die Maßstäbe zumeist, wenn es darum geht, die technologische Fortschrittlichkeit eines Unternehmens zu messen, insbesondere im Licht der insoweit für das Unternehmen wirklich vorhanden gewesenen Möglichkeiten und Chancen. [270]

Eine nur am Marktergebnis orientierte Betrachtungsweise wirft außerdem im Verbotsfalle die Frage der Art und Weise der auszusprechenden Rechtsfolge aus. Soll das Gericht dem Unternehmen das wünschenswerte Marktergebnis vorschreiben? Abgesehen davon, daß das Gericht in einem solchen Falle überfordert wäre, birgt diese Vorgehensweise die Gefahr des Aufkommens und schließlichen Überhandnehmens eines staatlichen Dirigismus in sich. [271] Schließlich ist es aber

---

Fortsetzung der Fußn. 267) von S. 82:
as affected by recent decisions of the Supreme Court, 1966 U. Ill. L. F. 1094 und Henrichs, Die Abgrenzung des relevanten Markts im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, WuW 1967, 255.

268) Mason schreibt dazu: "... this procedure somewhat resembles an attack on kidnaping by prosecuting kidnapers for income tax violation" (Preface to Kaysen-Turner, S. XIV).

269) Vgl. Bain, Industrial Organization, 1959, S. 530 f. und Kaysen-Turner, S. 24 - 41.

270) Vgl. dazu Kaysen, a.a.O., S. 338; Kaysen-Turner, S. 53 f. und Bain, a.a.O., S. 395 f.

271) Vgl. Mueller, a.a.O., S. 776.

auch nicht möglich, mit dem Blick auf die Marktstruktur allein Voraussetzungen zu schaffen, die gleichsam als notwendige Folge ein faires und wettbewerbsgerechtes Verhalten und gute Marktergebnisse gewährleisten.

Die Frage kann daher nur lauten: Auf welcher der Betrachtungsweisen sollte der besondere Nachdruck liegen? Eine Antwort auf diese Frage ist aber nach der gegenwärtig herrschenden amerikanischen Antitrustpolitik nur zugunsten der structure theory zu geben [272], d.h. das Hauptaugenmerk der augenblicklichen Bemühungen liegt auf dem Abbau bzw. der Verhinderung der Entstehung von marktmächtigen Stellungen, um so erst einmal die Möglichkeit für die Entfaltung von wettbewerbsgerechtem Verhalten zu schaffen. Dabei muß eine solche Strukturpolitik notwendigerweise an Unternehmenseinheiten orientiert bleiben, die in Bezug auf ihre Unternehmensgröße optimale Marktergebnisse erwarten lassen. Sie kann außerdem nicht ganz auf eine reine Verhaltenskontrolle i.S. der abuse theory verzichten, da diese erst sicher stellt, daß sich die Unternehmen auch tatsächlich wettbewerbsgerecht auf dem Markt verhalten, insbesondere auf solchen Märkten, auf denen aus Gründen der Gewährleistung einer optimalen Leistungsfähigkeit große Unternehmenseinheiten verbleiben müssen. [273] Schließlich können Marktverhaltens- und Marktergebnisdaten wertvolle Aufschlüsse liefern für die Ermittlung der im Einzelfall zu beurteilenden Marktstruktur. [274]

Insgesamt läßt sich also feststellen, daß sich Rechtsprechung und Literatur einer marktstrukturorientierten Anwendungsweise des Sherman Act zugewandt haben, was nicht ausschließt, daß Verhaltens- und Marktergebniskontrolle nach wie vor

---

272) Vgl. dazu insbesondere Mason, Preface to Kaysen-Turner, S. XIV und die sehr eingehende Darstellung bei Kaysen-Turner selbst, S. 44-99. Vgl. ferner Bain, a.a.O., S. 406-427, insbesondere S. 421-423, 427 und 607-610 und neuerdings Brodley, Oligopoly Power Under the Sherman and the Clayton Acts: From Economic Theory to Legal Policy, 19 Stan. L. Rev. 285 (1967) und Mueller, a.a.O., S. 764 ff. Für die Rechtsprechung vgl. Judge Wyzanski in U.S. v. Grinnell Corp., 236 F. Supp. 244, 248 (1964): "...once the Government has borne the burden of proving what is the relevant market and how predominant a share of that market defendant has, it follows that there are rebuttable presumptions that defendant has monopoly power and has monopolized in violation of § 2."

273) Vgl. Kaysen-Turner, S. 45 f.

274) Vgl. Kaysen-Turner, S. 60 f.

eine, wenn auch untergeordnete, Rolle spielen. [275] Daß die drei Tests teilweise auch kombiniert angewandt werden, haben die oben untersuchten Entscheidungen gezeigt. [276]

3. Betrachtet man abschließend die Sachverhaltskonstellationen, die den bisher behandelten Fällen zugrundegelegen haben, so fällt auf, daß es sich im wesentlichen, jedenfalls soweit Verurteilungen erfolgt sind, um Monopolsituationen gehandelt hat. Unternehmenszusammenschlüsse, die dabei eine Rolle spielten, waren zudem durchweg horizontaler Art. Es blieb der im Anschluß hieran zu untersuchenden Rechtsprechung zu Sec. 7 Clayton Act vorbehalten, nach Lösungen für die sehr viel schwierigere und brennendere Problematik von Unternehmenszusammenschlüssen auf oligopolistischen Märkten zu suchen, sowie die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vertikaler und konglomerater Konzentrationsfälle aufzuzeigen. Aus der Reihe der Sherman Act-Fälle war es nur der Lexington Bank-Fall, in dem eine oligopolistische Marktsituation angesprochen wurde. [277] Diese Entscheidung ist aber nur auf Sec. 1 Sherman Act gestützt. Zur Frage, wie in einem solchen Fall nach Sec. 2 Sherman Act zu verfahren wäre, steht eine Entscheidung noch aus.

Ein interessanter Vorschlag für die künftige Anwendung von Sec. 2 in Oligopolsituationen geht dahin, daß jedes einem engen Oligopol zugehörige Unternehmen, das diese Marktposition wenigstens teilweise aufgrund von Zusammenschlüssen erlangt, gewahrt oder weiter ausgebaut hat, sich für sich genommen dem individuellen "monopolizing"-Vorwurf aussetzt, indem es insoweit seinen Anteil am Markt "monopolisiert" und damit den Gesamtmarkt weiter "oligopolisiert" hat. [278] Es bleibt abzuwarten, wie die Praxis sich zu diesem Vorschlag

---

275) Um Mißverständnisse auszuschließen, auch die structure theory knüpft an ein Unternehmens*verhalten* an, nur bleibt sie nicht bei der Prüfung der Vorwerfbarkeit stehen, die in der Art und Weise dieses Verhaltens zu sehen ist, wie die abuse theory, sondern stellt auf die Wirkung dieses Verhaltens auf die Marktstruktur ab.

276) Vgl. dazu Note, Section 2 of the Sherman Act - Is a per se test feasible? 50 Iowa L. Rev. 1196, 1205 n. 64 (1965).

277) Vgl. Brodley, a.a.O., S. 313 f. Bezeichnenderweise stammt dieser Fall schon aus dem durch die Clayton Act-Rechtsprechung geprägten Entscheidungszeitraum.

278) Vgl. dazu Levi, Some Thoughts on "Antitrust Policy" and the Antitrust Community, 45 Minn. L. Rev. 963, 980 (1961); Neale, S. 160 und 183 und Turner, Symposium - "Antitrust Report from Official Washington", 30 ABA Antitrust Section 100, 107 (1966).

stellen wird. [279]

Fortsetzung der Fußn. 278) von S. 85:

Ein anderer Vorschlag für die Anwendung von Sec. 2 Sherman Act in Oligopolsituationen, der hier nur am Rande interessiert, kam von Rostow, Monopoly under the Sherman Act: Power or Purpose? 43 Ill. L. Rev. 745 (1949). Ausgehend von den Supreme Court-Entscheidungen in American Tobacco, Griffith, Schine Chain Theatres und Paramount Pictures (vgl. oben Anm. 266) versuchte Rostow dem Oligopolproblem mit einer erweiterten "conspiracy"-Theorie beizukommen, wonach sich eine Gruppe von Oligopolunternehmen, unabhängig von der Art und Weise ihrer Entstehung, schon dann gemeinsam dem Vorwurf der "conspiracy to monopolize" aussetzt und damit mit der Zerschlagung ihrer Marktposition zu rechnen hat, wenn sie nach außen ein bewußtes Parallelverhalten beim Einsatz ihrer Aktionsparameter erkennen läßt. Diese "conscious parallelism"-Doktrin ist jedoch in Rechtsprechung und Literatur auf weitgehende Ablehnung gestoßen (vgl. Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537 (1954) und Johnston and Stevens, Monopoly or Monopolization - A Reply to Professor Rostow, 44. Ill. L. Rev. 269 (1949), die insbesondere darauf hinweisen, daß die von Rostow vorgenommene Fiktion einer "conspiracy"-Vereinbarung nicht aus der von ihm herangezogenen Rechtsprechung herzuleiten ist. Vgl. ferner Att. Gen. Rep., S. 39; Kaysen-Turner, S. 108 f. und Turner, The Agreement under the Sherman Act, 75 Harv. L. Rev. 655 (1962).

Für das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse lassen sich daraus insofern keine Folgerungen ziehen, als diese Doktrin gerade die Art und Weise der Entstehung der einzelnen Oligopolunternehmen außeracht läßt, sich also nicht gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahme, sondern gegen solche durch Zustand richtet.

279) Jedenfalls ist es denkbar, daß das Gericht, wäre der Lexington Bank-Fall nach Sec. 2 Sherman Act zu entscheiden gewesen, zum gleichen Ergebnis gekommen wäre. Während noch Zweifel bestehen können, ob der Erwerb von Security Trust mit 13 % Marktanteil durch First National mit einem Anteil von 40 %, bei 4 weiteren Unternehmen auf dem Markt mit Anteilen von je 17 %, 13 %, 9 % und 8 %, einer "Monopolisierung" dieses Marktes gleichkommt, so dürfte doch wohl insoweit eine "Oligopolisierung" dieses Marktes im oben genannten Sinne anzunehmen sein.

IV. Die Entwicklung unter Sec. 7 Clayton Act

Obwohl der Clayton Act schon im Jahre 1914 erlassen wurde, begann die eigentliche "Antimerger"-Rechtsprechung, wie schon erwähnt, erst nach 1950, nachdem Sec. 7 Clayton Act durch den Celler-Kefauver Act seine heutige Fassung erhalten hatte. [280] Dazu bestimmt, Unternehmenszusammenschlüssen jeder Art [281] schon entgegenzutreten, "wenn die Tendenz zur Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt noch in den Anfängen steht"[282], unterscheidet sich Sec. 7 Clayton Act deutlich von den Bestimmungen des Sherman Act. Nicht die Gewißheit, sondern die Wahrscheinlichkeit einer infolge eines Unternehmenszusammenschlusses eintretenden Wettbewerbsbeschränkung genügt, um ein Verbot des Zusammenschlußvorgangs auszulösen.

Die Frage, ob Sec. 7 Clayton Act auf dem Boden der conduct oder structure theory steht, ist, anders als im Falle des Sherman Act, schon durch den Wortlaut

---

280) Vgl. dazu oben Anm. 198-200 und den Text der Bestimmung oben S. 19. Zur Geschichte der Neufassung von Sec. 7 Clayton Act vgl. Martin, Mergers and the Clayton Act, 1959, S. 221-310; Bok, Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics, 74 Harv. L. Rev. 226, 233-38 (1960) und Handler and Robinson, A Decade of Administration of the Celler-Kefauver Antimerger Act, 61 Col. L. Rev. 629, 652-674 (1961).

281) Wie schon in Anm. 200 ausgeführt, erfaßt der geänderte Wortlaut von Sec. 7 Clayton Act neben Zusammenschlüssen, die durch den Erwerb der Aktien des betr. Unternehmens herbeigeführt werden, nun auch solche, die auf dem Erwerb von Vermögenswerten (assets) jeder Art beruhen. Dabei sind alle Formen der Übernahme möglich, wie Fusionen, Konsolidationen, Konzernerwerbungen oder reine Betriebsstättenübernahmen. Allen gemeinsam ist, daß durch den Zusammenschluß jedenfalls das erworbene Unternehmen verschwindet oder doch in eine mehr oder weniger starke wirtschaftliche Abhängigkeit zu dem Erwerber tritt. Voraussetzung bleibt allerdings, daß beide Zusammenschlußparteien Gesellschaftsstatus haben. Auf Privatpersonen ist Sec. 7 nicht anwendbar. Durch die im Text vorgesehene Berücksichtigung wahrscheinlicher Wettbewerbsbeschränkungen "in any line of comerce" ist die Möglichkeit der Erfassung horizontaler, vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse eröffnet (vgl. dazu im einzelnen Federal Trade Commission, Report on Corporate Mergers and Acquisitions, 1955, S. 148 - 174).

282) Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 317 (1962); vgl. auch die dort insgesamt vorgenommene Charakterisierung von Sec. 7 Clayton Act (a.a.O., S. 311 - 323).

der Vorschrift selbst zugunsten der structure theory entschieden. Nicht die Art und Weise des Hergangs des Zusammenschlusses, sondern dessen wahrscheinliche Auswirkung auf den Wettbewerb, d.h. auf die den Wettbewerb bedingende Marktstruktur, wird durch die Vorschrift angesprochen. 283)

Aus der Vielzahl der inzwischen ergangenen Entscheidungen zu Sec. 7 Clayton Act sollen im folgenden einige prägnante Fälle zur Darstellung kommen, und zwar zunächst zum Komplex der horizontalen und daran anschließend zu dem der vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüsse. 284)

A. Die Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse

1. Brown Shoe Co. v. United States 285): Der Grundfall für die neuere Entwicklung unter Sec. 7 Clayton Act.

Diese Entscheidung brachte die große Wende in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung. In ihr hat Sec. 7 Clayton Act eine richtungweisende Interpretation erfahren. 286) Der Sherman Act spielt seither als Instrument der Konzentrationskontrolle nur noch eine zweitrangige Rolle.

Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt war kurz folgender: Die Brown Shoe Co., eine der führenden Schuhhersteller in den Vereinigten Staaten, erwarb im Jahre 1956 die G.R. Kinney Co., die ihrerseits die größte unabhängige Einzelhandelskette in "family-style"-Schuhläden im Lande unterhielt. Da Kinney selbst auch Schuhe herstellte, und Brown Shoe über ein eigenes Einzelhandelsvertriebsnetz verfügte, zeigte der Zusammenschluß sowohl vertikale wie

---

283) Vgl. dazu die "merger guidelines" des Department of Justice vom 30. Mai 1968, CCH - Trade Regulation Reports Nr. 363: "...the primary role of Section 7 enforcement is to preserve and promote market structures conducive to competition. Market structure is the focus of the Department's merger policy chiefly because the conduct of the individual firms in a market tends to be controlled by the structure of that market" (a.a.O., S. 2). Vgl. dazu auch Markert, AWD 1968, 379 sowie WuW 1969, 94 ff

284) Vgl. dazu auch die Darstellung von Hermanns, Die antitrustrechtliche Beurteilung der Konzentration auf Grund der Section 7 Clayton Act, in: Unternehmenskonzentration in der westlichen Welt, 1967, S. 68 ff.

285) 370 U.S. 294 (1962).

286) A.a.O., S. 311 - 323; vgl. dazu weiter Note, The ABC's of Clayton 7: Amendment of 1950; Brown Shoe: The Court and Current Complexities, 10 Vill. L. Rev. 734 (1965).

horizontale Aspekte. Hinsichtlich der horizontalen Seite des Zusammenschlusses ergab sich folgendes Bild [287]: Brown Shoe stand unter den Schuheinzelhändlern im Lande [288] mit insgesamt 1230 Schuhläden (470 davon waren eigene, der Rest stand lediglich unter Kontrolle von Brown Shoe) umsatzmäßig an dritter Stelle; Kinney nahm insoweit mit über 400 eigenen Einzelhandelsgeschäften und einem Marktanteil von 1,2 % den achten Platz ein. Durch den Zusammenschluß gelangte Brown Shoe mit der Kontrolle über nunmehr insgesamt über 1600 Läden - das entsprach einem Anteil von 7,2 % an allen Schuhspezialgeschäften und von 2,3 % an allen Schuhverkaufsstellen überhaupt - an die zweite Stelle im Einzelhandelsgeschäft. In der Schuhindustrie insgesamt zeigte sich ein deutlicher Trend zur Konzentration und vertikalen Integration. Noch war der Markt aufgeteilt unter viele kleinere Unternehmen, immerhin vereinigten die vier größten Hersteller bereits 23 % des Marktes auf sich. Brown Shoe war eine treibende Kraft in dieser Entwicklung. [289]

In einer sehr eingehenden Würdigung aller dieser Faktoren kam das Gericht einmütig zu dem Ergebnis, daß der Zusammenschluß insoweit gegen Sec. 7 Clayton Act verstößt.

a) Um die wahrscheinlichen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb ermessen zu können, so führte Chief Justice Warren für das Gericht aus, sei zunächst der sachlich und geographisch relevante Markt abzugrenzen.

aa) Ersterer bestimme sich nach der Gleichartigkeit des Verwendungszwecks oder der Kreuzpreiselastizität der Nachfrage der betreffenden Güter [290]; dabei sei auch, wie im Columbia Steel-Fall entwickelt [291], die mehrseitige Verwendungsmöglichkeit der Herstellungseinrichtungen für die betreffenden Güter

---

287) Zur vertikalen Seite des Zusammenschlusses siehe unten S. 114 ff.

288) Nur auf dieser Ebene untersuchte das Gericht die horizontalen Auswirkungen des Zusammenschlusses; auf der Ebene der Schuhherstellung erschien der Einfluß des Zusammenschlusses mit einem insgesamt erreichten Anteil von 4,5 % der in den USA hergestellten Schuhe dagegen unbeachtlich.

289) A.a.O., S. 300 - 304; zwischen 1951 und 1956 gerieten neun unabhängige Schuhladenketten mit insgesamt 1114 Geschäften in die Abhängigkeit der vier größten Schuhhersteller. Brown Shoe selbst erwarb in dieser Zeit die Kontrolle über 854 Einzelhandelsgeschäfte und sieben kleinere Schuhhersteller (a.a.O., S. 300 - 302).

290) Vgl. dazu U.S. v. E.J. DuPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 380 (1956) und oben S. 53.

291) U.S. v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 510/11 (1948) und oben S. 62.

zu berücksichtigen. Innerhalb dieses u.U. sehr weiten Marktes könnten aber durchaus noch sog. Untermärkte (submarkets) bestehen. Dies könnte beispielsweise aus der Tatsache der Anerkennung einer solchen Unterteilung des Marktes durch die beteiligten Wirtschaftskreise bzw. durch die Öffentlichkeit gefolgert werden; oder es könnte auf die besondere Beschaffenheit, den speziellen Verwendungszweck oder die Eigentümlichkeit der Herstellungsweise der betreffenden Güter zurückzuführen sein. Weitere Kennzeichen könnten schließlich die Besonderheit des Käuferkreises, die unterschiedlichen Preise, die Preisempfindlichkeit und die Spezialisierung der Weiterverkäufer für das betreffende Produkt darstellen. Die Notwendigkeit der Heranziehung solcher Untermärkte bei der Untersuchung des wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Effekts eines Zusammenschlusses ergebe sich aus dem Wortlaut von Sec. 7 Clayton Act, wonach schon wahrscheinlichen nachteiligen Auswirkungen "in any line of commerce" entgegenzutreten sei. [292]

Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet das, daß der Schuhmarkt insgesamt nochmals in je einen Untermarkt für Herren-, Damen- und Kinderschuhe unterteilt werden müsse. Dies entspreche insbesondere der Beurteilung durch die Öffentlichkeit, der unterschiedlichen Herstellungsweise und der besonderen Beschaffenheit einer jeden der drei Schuharten; jede dieser Arten richte sich im übrigen auch an einen gesonderten Käuferkreis. [293]

bb) Der geographisch relevante Markt sei nicht der nationale Markt der Vereinigten Staaten, sondern er müsse eingeengt werden auf den Bereich von Städten mit mehr als 10 000 Einwohnern und deren Umgebung, soweit dort Brown Shoe- und Kinney-Schuhgeschäfte vertreten seien. In diesem Bereich finde im Schuheinzelhandel der eigentliche Wettbewerb zwischen den Parteien statt; dies entspreche dem Vertriebssystem in der Schuhbranche und der Einschätzung durch die Abnehmer. Im übrigen werde eine solche Unterteilung wiederum durch den Wortlaut des Gesetzes gefordert, wonach einer wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkenden Wirkung schon "in any ... section of the country" entgegenzutreten sei. [294]

b) Zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung des Zusammenschlusses auf den so definierten Märkten führte das Gericht aus, daß es nach der Neufassung von Sec. 7 Clayton Act nicht mehr allein auf die voraussichtliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen den sich zusammenschließenden Parteien ankomme,

---

292) A.a.O., S. 325.
293) A.a.O., S. 326.
294) A.a.O., S. 337 - 339.

sondern auch auf die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Markt insgesamt. Dabei sei entscheidend die relative Größe und Zahl der Parteien des Zusammenschlusses und der übrigen Wettbewerber; die Frage, ob ein wesentlicher Wettbewerbsfaktor auf dem Markt ausgeschaltet und dadurch eine Position auf dem Markt erreicht werde, die entscheidende Vorteile gegenüber den anderen Wettbewerbern in sich birgt; die Frage, ob der Markt leicht oder schwer zugänglich sei; sowie die Frage, ob die sich zusammenschließenden Parteien ihre Position mit Wahrscheinlichkeit zu Gebiets- und Preisabsprachen oder zur Isolierung bzw. Ausschaltung weiterer Wettbewerber ausnutzen werden. [295] Zur Feststellung der Auswirkung des Zusammenschlusses im vorliegenden Fall waren in verschiedenen Städten, entsprechend den oben definierten Märkten, stichprobenartige Erhebungen angestellt worden, woraus sich u.a. ergab, daß in 32 Städten der gemeinsame Anteil am Absatz von Damenschuhen 20 % betrug, daß bei Kinderschuhen dieser Anteil in 31 Städten ebenfalls 20 %, in 6 Städten sogar über 40 % ausmachte und daß in 118 Städten der gemeinsame Anteil in einer der Schuhsparten 5 % überstieg. [296] Diesen durch den Zusammenschluß erreichten Marktanteilen maß das Gericht eine zentrale Bedeutung für die Beurteilung des wettbewerbsbeschränkenden Effekts bei. [297] Die Erlangung der Kontrolle über einen erheblichen Marktanteil sei vor allem dann zu beachten, wenn der übrige Markt, wie im vorliegenden Fall, stark zerstückelt sei und schon ein relativ kleiner Marktanteil genüge, um wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu erzeugen. Außerdem müsse berücksichtigt werden, daß, wenn heute ein Zusammenschluß unbeachtet bleibe, aufgrund dessen Brown Shoe 5 % Marktkontrolle erreiche, morgen ein ähnlicher Zusammenschluß, herbeigeführt durch einen der Wettbewerber von Brown Shoe, ebenfalls hingenommen werden müsse, was schließlich zu einer oligopolistischen Marktstruktur führen könne. Diese Überlegung sei umsomehr angebracht, als dieser Markt ohnehin schon eine deutliche Tendenz zur Konzentration aufweise. [298] Gerade in diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber von Sec. 7 Clayton Act in

---

295) A.a.O., S. 321 f. und 334 f.

296) A.a.O., S. 343. Zur Rechtfertigung eines solchen stichprobenartigen Vorgehens wurde festgestellt: "There is no reason to protract already complex antitrust litigation by detailed analysis of peripheral economic facts, if the basic issues of the case may be determined through study of a fair sample" (a.a.O., S. 341).

297) A.a.O., S. 343 mit Hinweis auf Bok, Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics, 74 Harv. L. Rev. 226, 279, 308 - 311 (1960).

298) A.a.O., S. 343 - 345; vgl. die Tatsachenfeststellungen oben S. 88 f.

der neuen Fassung eine Marktstruktur im Auge gehabt habe, die sich aus vielen unabhängigen Einheiten zusammensetze, und die zu erhalten bzw. anzustreben Aufgabe dieser Vorschrift sei. Äußere sich, wie im vorliegenden Fall, die Entwicklung zur Konzentration nicht in wenigen großen Unternehmenszusammenschlüssen, sondern finde sie, wie häufig, in einer Vielzahl aufeinanderfolgender kleinerer Zusammenschlüsse ihren Niederschlag, so gelte es schon diesen kleinen Schritten mittels Sec. 7 Clayton Act Einhalt zu gebieten. 299)

c) Das Gericht stellte sodann grundsätzliche Überlegungen darüber an, inwieweit eine Expansion von Unternehmen via Zusammenschluß überhaupt wettbewerbspolitisch wünschenswert sei:

> "A company's history of expansion through mergers presents a different economic picture than a history of expansion through unilateral growth. Internal expansion is more likely to be the result of increased demand for the company's products and is more likely to provide increased investments in plants, more jobs and greater output. Conversely, expansion through merger is more likely to reduce available consumer choice while providing no increase in industry capacity, jobs or output. It was for these reasons, among others, Congress expressed its disapproval of successive acquisitions. Sec. 7 was enacted to prevent even small mergers that added to concentration in a industry." 300)

Unter Hinweis darauf, daß Brown Shoe durch den Zusammenschluß mit Kinney auch auf dem nationalen Markt ihre Stellung erheblich erweitert habe und, wie schon oben ausgeführt, mit über 1600 Verkaufsstellen den zweiten Platz im Einzelhandel einnehme, und daß diese so gewonnene Stellung noch entscheidend durch die Vorteile der vertikalen Integration verstärkt wurde, kam das Gericht schließlich zu der Feststellung:

> "In the light of the trends in this industry we agree ... that this is an appropriate place at which to call a halt." 301)

---

299) Vgl. zu dieser sog. "incipiency theory" Bok, a.a.O., S. 281 und 311 Anm. 260, der die Anwendung von Section 7 Clayton Act auf viele kleine, sukzessiv erfolgende Zusammenschlüsse aus der "tendency-to-monopoly-clause" dieser Vorschrift herleitet; vgl. dazu weiter Att. Gen. Rep., S. 124; Stigler, Mergers and Preventive Antitrust Policy, 104 U. Pa. L. Rev. 176, 180 (1955) und S. Rep. No. 1775, 81st. Cong., 2d Sess. 5.

300) A.a.O., S. 345 Anm. 72 mit Hinweis auf S. Rep. No. 1775, 81st Cong., 2d Sess. 5.

301) A.a.O., S. 346.

2. United States v. Philadelphia National Bank: [302] Entwicklung der sog. "rule of presumptive illegality"

Hatte es der Supreme Court in seiner Entscheidung im Brown Shoe-Fall noch vermieden, irgendeinen speziellen Test für den Nachweis der Wettbewerbswidrigkeit eines Unternehmenszusammenschlusses anzuwenden und, ähnlich wie im Columbia Steel-Fall, eine umfassende Untersuchung aller nach Lage des Falles in Frage kommenden Umstände vorgenommen (rule of reason approach), so suchte das Gericht in der Folgezeit im Interesse der Rechtssicherheit und der Straffung des Gerichtsverfahrens allgemein gültige Regeln für die Behandlung von Zusammenschlüssen aufzustellen. [303] Einen ersten Schritt in diese Richtung tat das Gericht im Philadelphia Bank-Fall, wo es die sog. "rule of presumptive illegality" entwickelte.

Dieser Fall weist große Ähnlichkeit auf mit dem schon oben dargestellten, nach dem Sherman Act entschiedenen Lexington Bank-Fall. [304] Wie dort handelt es sich auch hier um den Zusammenschluß zweier großer lokaler Geschäftsbanken, der Philadelphia National Bank (PNB) und der Girard Trust Corn Exchange Bank (Girard). Die Banken standen ihrer Größe nach an zweiter und dritter Stelle unter den 42 Geschäftsbanken im weiteren Stadtbereich von Philadelphia. Nach dem Zusammenschluß rückten sie mit einem Marktanteil von 30 % an die erste Stelle vor. Zusammen mit der dann zweitgrößten Geschäftsbank hatten sie einen Marktanteil von 59 %; die vier größten Banken zusammengenommen erreichten sogar einen Anteil von 78 %. Die vor dem Zusammenschluß erreichte Größe von PNB und Girard selbst war ebenfalls zum überwiegenden Teil das Ergebnis vorausgegangener Zusammenschlüsse; PNB hatte seit 1950 9 unabhängige Banken erworben, Girard 6. Das entsprach einem allgemeinen Trend zur Konzentration in der Bankbranche. 1947 gab es im Gebiet von Philadelphia

---

302) 374 U.S. 321 (1963); vgl. dazu die kritische Würdigung dieses und der folgenden horizontalen Fälle in Comment, Clayton Sec. 7: A Critical Appraisal of the Supreme Court's Antitrust-Anti-Bigness Complex in Merger Litigation since the Brown Shoe Case, 11 Wayne L. Rev. 739 (1965), insbesondere S. 769 ff. sowie bei Brodley, a.a.O.; vgl. ferner v. Tirpitz, AWD 1963, 339.

303) Vgl. dazu allgemein Bok, a.a.O., S. 269 ff.; Elman, The Need for Certainty and Predictability in the Application of the Merger Law, 40 N. Y. U. L. Rev. 613 (1965); Turner, Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act, 78 Harv. L. Rev. 1313, 1318 - 1319 (1965). Vgl. dazu neuerdings auch die "merger guidelines" des amerikanischen Justizministeriums, a.a.O.

304) U.S. v. First National Bank and Trust Co. of Lexington, 376 U.S. 665 (1964), vgl. oben S. 65 ff.

noch 108 Geschäftsbanken, 1962 waren es nur noch 42; die sieben größten Banken erhöhten ihren Marktanteil in dieser Zeit von 61 % auf 90 %. In den Vereinigten Staaten insgesamt verschwanden zwischen 1950 und 1960 1503 Banken als Folge von Unternehmenszusammenschlüssen. [305]

a) Das Gericht [306] bestimmte zunächst wieder den für den Zusammenschluß relevanten Markt. Dabei sah es, wie im Lexington-Bank-Fall, die Geschäftsbanken als eine genügend fest umrissene Bankbranche an, um einen eigenständigen Markt zu bilden.

Der geographisch relevante Markt erschien dagegen schwieriger abzugrenzen, zumal das Distriktgericht festgestellt hatte, daß die großen Banken in Philadelphia mit solchen im übrigen Nordosten der Vereinigten Staaten im Wettbewerb standen. Der Supreme Court entschied sich jedoch für Philadelphia und seine weitere Umgebung als dem relevanten Markt:

> "The proper question to be asked in this case is not where the parties to the merger do business or even where they compete, but where, within the area of competitive overlap, the effect of the merger in competition will be direct and immediate. [307]

Der Bereich, auf den sich der Wettbewerb konzentriere, sei aber im vorliegenden Fall das Gebiet in und um Philadelphia. Hieraus bezögen die dort ansässigen Banken überwiegend (zu 70 %) ihre Aufträge. [308] Im übrigen sei für die Marktabgrenzung auch die geographische Struktur des Anbieter-Nachfrager-Verhältnisses entscheidend. Im Bankwesen bestimme sich dieses weitgehend danach, wie bequem erreichbar eine Bank für den Kunden gelegen sei.
Auch danach müsse der geographisch relevante Markt auf Philadelphia und seine Umgebung begrenzt bleiben. [309]

b) Für die Frage, welche Auswirkungen der Zusammenschluß auf den Wettbewerb im relevanten Markt haben wird, knüpfte das Gericht an die im Brown Shoe Fall entwickelte "incipiency"-Theorie an [310], wonach eine einmal festgestellt

---

305) A.a.O., S. 326 - 332.
306) Die "majority-opinion" dieser 5:3 Entscheidung stammt von Justice Brenna
307) A.a.O., S. 357.
308) A.a.O., S. 359 Anm. 36.
309) A.a.O., S. 357.
310) Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 317, 322 (1962); vgl. oben S. 91 f.

Entwicklung zur Konzentration schon in ihren Anfängen gestoppt werden müsse. Dazu sei eine genaue Kenntnis der Marktstruktur notwendig. Die dafür erforderlichen Marktdaten seien aber sehr komplex und oft irreführend. Um dem diesbezüglichen Auftrag des Gesetzgebers dennoch gerecht werden zu können, empfehle sich, wo immer möglich, ein vereinfachtes, mehr schematisches Verfahren. 311) Der vorliegende Fall sei hierfür geeignet. Denn ein solches schematisches Verfahren sei dann gerechtfertigt - und dies stehe im Einklang mit der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie 312) -, wenn durch den Zusammenschluß ein

---

311) A. a. O., S. 362. Das Gericht verweist dabei ausdrücklich auf die Ausführungen von Bok, a. a. O., S. 269 ff.; vgl. oben Anm. 303.

312) A. a. O., S. 363. Mit dem Satz: "That competition is likely to be greatest when there are many sellers, none of which has any significant market share, is common ground among most economists, and was undoubtedly a premise of congressional reasoning about the antimerger statute" und dem Hinweis dabei auf Autoren wie Machlup, The Economics of Sellers' Competition, 1952, S. 84 - 93; 333 - 336; Bain, Barriers to New Competition, 1956, S. 27; Mason, Market Power and Business Conduct: Some Comments, 46-2 Am. Econ. Rev. 471 (1956) und Comment, "Substantially to Lessen Competition ...": Current Problems of Horizontal Mergers, 68 Yale L. J. 1627, 1638 - 39 (1959) nahm das Gericht deutlich Bezug auf die auf Chamberlin, Theory of Monopolistic Competition, 1933 und Robinson, Economics of Imperfect Competion, 1933 zurückgehende Oligopoltheorie, wonach sich auf einem Markt mit nur wenigen Wettbewerbern (enges Oligopol) aus der Erkenntnis der Interdependenz der Verhaltensweisen sehr bald eine nicht mehr wettbewerbsgemäße Parallelität der Verhaltensweisen dieser Unternehmen einstelle. Denn jeder Versuch des einen Wettbewerbers, durch wesentliche Veränderung der Preise, der Produktqualitäten oder der Verkaufsanstrengungen seinen Marktanteil zu erhöhen, gehe zwangsläufig auf Kosten der Marktanteile der anderen Wettbewerber und nötige diese daher zu einer entsprechenden Reaktion, wodurch die Marktvorteile wieder abgebaut und die ursprüngliche Marktlage, allerdings nun zu unbequemeren Bedingungen für alle Wettbewerber, wieder hergestellt sei. Die Einsicht in die Wechselwirkung solchen Verhaltens - Heflebower, Corporate Mergers: Policy and Economic Analysis, 77 Q. J. Econ., 537, 554 (1963) nennt dies "percentage effect" - führe zu einer Angleichung der Preis-, Geschäfts- und Absatzpolitik der einzelnen Wettbewerber auf einem Niveau, das für alle Beteiligten eine maximale Profitrate ergebe. Der Unterschied zur Monopolsituation bestehe hierbei lediglich darin, daß die Monopolrate nicht einem Unternehmen allein zufließe, sondern zwischen mehreren geteilt werde. Diese unbefriedigende Situation könne nur dadurch

übermäßiger Marktanteil erreicht und dadurch eine erhebliche Steigerung der Konzentration des Marktes bewirkt werde. Diese sog. "rule of presumptive illegality" umschrieb das Gericht wie folgt:

Fortsetzung der Fußn. 312) von S. 95:

vermieden werden, daß eine Marktstruktur geschaffen werde, die eine höhere Zahl von Wettbewerbern aufweise. Zu diesen und anderen Auswirkungen oligopolistischer Marktstrukturen auf Marktverhalten und Marktergebnis vgl. Scitovsky, Economic Theory and the Measurement of Concentration in: Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 101 ff., insbesondere S. 102 - 10 und Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs,1966, insbesondere S. 88 - 108.

Die Oligopoltheorie ist nicht ohne Kritik geblieben (vgl. für alle Hale & Hale, Market Power: Size and Shape under the Sherman Act, 1958, S. 133 - 37 und Bok, a.a.O., S. 238 - 249); sie ist insbesondere im Rahmen der neueren wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion um die Preis- und Wettbewerbstheorie als zu ungenau und zu statisch, d.h. als zu wenig die Dynamik des Wirtschaftsprozesses berücksichtigend, angegriffen worden (vgl. dazu beispielsweise Hoppmann, Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, Ordo XVIII, 1967, S. 77 ff. und Kaufer, Nochmals: Von der Preistheorie zur Wettbewerbstheorie, Ordo XVIII, 1967 S. 95 ff.). Demgegenüber bleibt aber festzustellen, daß die Mehrheit der Autoren Oligopolstellungen gegenüber nach wie vor kritisch eingestellt bleibt (vgl. Bain, Barriers to New Competition, S. 2 - 4, der oben genannter Kritik an der Preistheorie teilweise Rechnung trägt und als weitere Determinante des Oligopolverhaltens die Leichtigkeit des Zugangs zum Markt einführt; vgl. ferner Kaysen-Turner, S. 25 und Markham, The Effectiveness of Clayton Act Section 7 in: Perspectives on Antitrust Policy, 1965, S. 164 ff.) und daß vor allem der Supreme Court in seiner Entscheidungspraxis sich diese kritische Einstellung zueigen gemacht hat (vgl. insoweit die "merger guidelines" des Justizministeriums, die praktisch als ein restatement der Supreme Court-Rechtsprechung anzusehen sind und wo zur Rechtfertigung der marktstrukturorientierten Vorgehensweise gegen Zusammenschlüsse u.a. ausgeführt wird: "... a concentrated market structure, where a few firms account for a large share of the sales, tends to discourage vigorous price competition by the firms in the market and to encourage other kinds of conduct, such as use of inefficient methods of production or excessive promotional expenditures, of an economically undesirable nature" (a.a.O., S. 2).

Vgl. zum ganzen Problemkreis: Brodley, a.a.O., S. 289 - 293 und 301 - 303, Mueller, a.a.O., S. 784 - 791 und Singer, a.a.O., S. 85 ff. sowie neuerdings Zohlnhöfer, Wettbewerbspolitik im Oligopol, Erfahrungen der amerikanischen Antitrustpolitik, 1968.

"... (W)e think that a merger which produces a firm controlling an undue percentage share of the relevant market, and results in a significant increase in the concentration of firms in that market is so inherently likely to lessen competition substantially that it must be enjoined in the absence of evidence clearly showing that the merger is not likely to have such anticompetitive effects." 313)

Auf den vorliegenden Fall angewandt, ergebe dies, daß der Zusammenschluß von PNB und Girard gegen Sec. 7 Clayton Act verstoße. Denn dieser Zusammenschluß resultiere in einer Marktkontrolle von über 30 %. Dies sei fraglos eine Größenordnung, die, ohne den kleinsten gerade noch zulässigen Marktanteil festlegen zu wollen, in die oben angesprochene Kategorie vermuteter Gesetzwidrigkeit falle. 314) Auch sei durch den Zusammenschluß eine erhebliche Steigerung der Konzentration bewirkt worden. Zunächst hätten die beiden größten Banken etwa 44 % des Marktes kontrolliert. Nach dem Zusammenschluß kontrollierten die beiden nun größten Banken aber etwa 59 % des Marktes. Dies entspreche einer Steigerung der Konzentration von 33 %. 315)

Damit hatte sich der Supreme Court, wenigstens für Zusammenschlüsse, die ihrer Größenordnung nach "inherently suspect" sind, einer rein quantitativen

---

313) A.a.O., S. 363.

314) A.a.O., S. 364. Verwiesen wird sodann auf die in der Literatur diesbezüglich vorgeschlagenen Größenordnungen, für die die Vermutung der Verbotswidrigkeit bestehen soll. Vgl. Kaysen-Turner, S. 133 und Stigler, Mergers and Preventive Antitrust Policy, 104 U. of Pa. L. Rev. 176, 182 (1955), die empfehlen, einen durch einen Zusammenschluß erreichten Marktanteil von 20 % für prima facie verbotswidrig zu halten; Markham, Merger Policy Under the New Section 7: A Six-Year Appraisal, 43 Va. L. Rev. 489, 521-522 (1957), der einen Satz von 25 % nennt; und Bok, a.a.O., S. 308 - 316, 328, der die Zunahme der Konzentration unter den führenden Unternehmen eines Marktes - das zu erwerbende Unternehmen eingeschlossen - als Beurteilungskriterium nimmt und eine Zuwachsrate von 7 - 8 % für verbotswidrig hält. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß im Columbia Steel-Fall, der mit ein Anlaß für die Neufassung von Section 7 Clayton Act war, der durch den horizontalen Zusammenschluß erreichte Marktanteil 24 % betrug.

315) A.a.O., S. 365.

Betrachtungsweise zugewandt. [316]

c) Das Gericht ging aber in einer vielbeachteten Fußnote von Justice Brennan noch einen Schritt weiter. [317] Brennan hatte sich an dieser Stelle mit dem Argument auseinanderzusetzen, daß, wenn sich durch den Zusammenschluß nur das Verhältnis der drei ohnehin schon führenden Unternehmen zueinander ändere, die Konzentration auf dem Markt insgesamt nicht zunehme. Brennan verwarf diese Ansicht jedoch mit folgenden Worten:

> "If this argument were valid, then once a market had become unduly concentrated, further concentration would be legally privileged. On the contrary, if concentration is already great, the importance of preventing even slight increases in concentration and so preserving the possibility of eventual deconcentration is correspondingly great." [318]

Danach genügt es in einem schon stark konzentrierten Markt, daß ein Zusammenschluß nur eine geringe Steigerung (slight increase) [319] der Konzentration zur Folge hat, um unter das Verbot von Sec. 7 Clayton Act zu fallen. Diese Feststellung von Justice Brennan ist, wie die nachfolgenden Entscheidungen zeigen werden, Ausgangspunkt einer neuen, verschärften Anwendungsweise dieser Bestimmung durch den Supreme Court gegenüber horizontalen Zusammenschlüssen. [320]

---

316) Zur Unterstützung dieses sog. "quantitative substantiality test" zitierte das Gericht u.a. den Standard Stations-Fall (Standard Oil Co. of California v. U.S., 337 U.S. 293 (1949)), in dem Ausschließlichkeitsverträge im Rahmen von Sec. 3 Clayton Act zu beurteilen waren. Der Standard Stations-Fall sei, so argumentierte das Gericht, noch vor der Neufassung von Sec. 7 entschieden worden. Der Gesetzgeber selbst habe auf ihn Bezug genommen in H.R. Rep. No. 1191, 81st Cong., 1st Sess. 8 (a.a.O., S. 365 f.). Vgl. dazu ferner Kessler & Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 Yale L. J. 1, 53 n. 231 (1959) sowie Bok, a.a.O., S. 250.

317) A.a.O., S. 365 Anm. 42.

318) A.a.O.

319) Im Gegensatz zu "significant increase" in dem oben genannten, der Entscheidung im vorliegenden Fall zugrundeliegenden Test.

320) Vgl. dazu Singer, a.a.O., S. 131.

3. United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa-Rome) [321] und United States v. Continental Can Co.: [322]
Fortentwicklung der sog. rule of presumptive illegality

Diese beiden Fälle aus dem Jahre 1964 sind durch folgende Besonderheiten gekennzeichnet:

(1) Die sich zusammenschließenden Unternehmen gehören nicht den unmittelbar gleichen Industriezweigen an, stehen aber dennoch miteinander im Wettbewerb;
(2) die Abgrenzung des relevanten Marktes wirft infolgedessen besondere Probleme auf, und
(3) der Zusammenschluß hat nur eine relativ geringe Erhöhung des Konzentrationsgrades des relevanten Marktes zur Folge.

a) aa) Der Alcoa-Rome-Fall hatte den Erwerb der Rome Cable Corp., einer Herstellerin von Kupfer- und Aluminiumleitungen, durch die Aluminun Co. of America aus dem Jahre 1954 zum Gegenstand. Während Rome Cable zu 90 % Kupferleitungen herstellte, produzierte Alcoa ausschließlich Aluminiumleiter. Da das Gericht zu dem Schluß kam, daß wegen der um 50 % niedrigeren Kosten für Aluminiumleiter kein gemeinsamer Markt für Aluminium- und Kupferleiter bestehe bzw. ein insoweit in gewissem Umfang bestehender "inter-industry"-Wettbewerb die Annahme eines weiteren Teilmarktes nicht ausschließe, konzentrierte sich das Interesse des Gerichts auf den beide Unternehmen verbindenden Markt für isolierte und nichtisolierte Aluminiumleiter. Dabei lag das Schwergewicht von Alcoa auf der Herstellung von nichtisolierten Aluminiumleiter mit einem Anteil von 32,5 % am nationalen Markt, gegenüber nur 0,3 %, die Rome Cable insoweit auf sich vereingen konnte. Dagegen war Rome Cable mit 4,7 % stärker auf dem Markt für isolierte Aluminiumleiter vertreten. Der Anteil von Alcoa betrug insoweit 11,6 %. Das Gericht erkannte jedoch weder den einen noch den anderen Markt als den für den Zusammenschluß relevanten Teilmarkt an; vielmehr erschienen erst beide Märkte zusammengenommen geeignet, die wahren Wirkungen des Zusammenschlusses wiederzuspiegeln. Auf diesem kombinierten Markt für isolierte und nichtisolierte Aluminiumleiter hatte nämlich Alcoa einen Anteil von 27,8 % und Rome Cable einen solchen von 1,3 %, was zusammen 29,1 % ergab. Eine Rechtfertigung für diese Abgrenzung sah das Gericht darin, daß beide Arten von Aluminiumleiter für denselben Zweck - den Transport

321) 377 U.S. 271 (1964); vgl. dazu auch v. Tirpitz, AWD 1964, 388.
322) 378 U.S. 441 (1964); vgl. auch insoweit v. Tirpitz, a.a.O.

elektrischer Energie - gebraucht werden, und die Absatzbemühungen daher auf den gleichen Abnehmerkreis gerichtet sind. [323] Indessen liegt der Schluß nahe, daß sich das Gericht bei dieser Marktabgrenzung weniger von den aus ökonomischer Sicht relevanten Fakten, sondern mehr von dem zu erreichenden Ergebnis, nämlich der Verhinderung des Zusammenschlusses, hat leiten lassen. [324]

bb) Dies wird noch deutlicher im Continental Can-Fall. Hier ging es um den Zusammenschluß aus dem Jahre 1956 zwischen der Continental Can Co., der zweitgrößten Metalldosenherstellerin der Vereinigten Staaten, und der Hazel-Atlas Glass Co., der drittgrößten Glasbehälterproduzentin. Continental Can produzierte nur Blechbüchsen und hielt auf diesem Gebiet einen Marktanteil von 33 %; Hazel-Atlas stellte nur Glasbehälter her und vereinigte davon 9,6 % des Marktes auf sich. Wiederum brachte der Supreme Court die beiden Unternehmen dadurch in Beziehung, daß er einen Markt bestimmte, der beide Produkte einschloß. Der Anteil von Continental Can war auf diesem Markt 21,9 %, der von Hazel Atlas 3,1 %, was zusammen 25 % ergab. Der durch den Zusammenschluß insoweit ausgeschlossene sog. "inter-industry"-Wettbewerb zwischen den beiden Unternehmen, so argumentierte das Gericht, habe möglicherweise nicht die Intensität erreicht, die gewöhnlich ein "intra-industry"-Wettbewerb erreiche; er sei aber durchaus vorhanden und bezüglich einiger Verwendungszwecke sogar sehr beachtlich gewesen, insbesondere auf dem Gebiet der Abpackung von Bier, Babynahrung, Limonade, Toilettenartikel sowie Nahrungs- und Arzneimitteln, wo es teilweise ein heftiges Tauziehen zwischen Metall- und Glasbehälterherstellern um den größeren Anteil an der zu verwendenden Verpackungsart gegeben habe. Hier habe sowohl eine ausreichende Austauschbarkeit hinsichtlich des Verwendungszwecks als auch eine erhebliche Kreuzpreiselastizität der Nachfrage bestanden. [325] Dem müsse bei der Marktabgrenzung Rechnung getragen werden:

> "Since the purpose of delineating a line of commerce is to provide an adequate basis for measuring the effects of a given acquisition, its contours must, as nearly as possible, conform to competitive reality. Where the area of effective competition cuts across industry lines, so must the relevant line of commerce; otherwise an adequate determination of the merger's true

---

323) Vgl. U.S. v. Aluminum Co. of America, a.a.O., S. 273 - 278.

324) Brodley, a.a.O., S. 306: "... the market definition was not so much the prelude to the conclusion of illegality as the conclusion of illegality was the prelude of market definition."

325) Vgl. U.S. v. Continental Can Co., a.a.O., S. 443 - 458. Einen "inter-industry"-Wettbewerb, der möglicherweise zusätzlich durch Plastikbehälter ausgelöst wurde, ließ das Gericht außer Betracht.

impact cannot be made." 326)

b) In beiden Fällen entschied das Gericht, daß sich die Zusammenschlüsse auf den so definierten Märkten nachteilig auf den Wettbewerb auswirkten und daher in den Verbotsbereich von Sec. 7 fielen.

aa) Im Alcoa Rome-Fall wurde dabei besonderes Gewicht auf die Tatsache gelegt, daß der relevante Markt starke oligopolistische Züge aufwies und eine weitere Tendenz zur Konzentration zeigte. Die vier größten Hersteller von isoliertem und nichtisoliertem Aluminiumleiter, darunter Alcoa, insbesondere auf dem Gebiet der nichtisolierten Leiter in führender Position, produzierten 76 %, die neun größten, darunter Rome Cable an neunter Stelle, produzierten sogar fast 96 % der auf dem nationalen Markt umgesetzten Menge dieses Produkts. Die dominierende Rolle, die Alcoa als Aluminiumleiterhersteller dabei einnahm, wurde dadurch unterstrichen, daß es mit einem Marktanteil von 39 % auch auf dem Rohaluminiummarkt noch immer einen wesentlichen Wettbewerbsfaktor darstellte und insoweit alle Integrationsvorteile genoß. Dem Erwerb von Rome Cable waren andere, so gesehen, vertikale Zusammenschlüsse mit kleineren Aluminiumleiterherstellern vorausgegangen mit dem Erfolg, daß nunmehr nur noch vier nichtintegrierte Hersteller auf dem Markt waren mit einem verschwindenden Marktanteil von weniger als 1 %. Der letzte aggressive unabhängige Wettbewerber, ein Pionier auf dem Gebiet der Leiterisolation und ausgestattet mit einer äußerst effektiven Marktorganisation, war Rome Cable. So gesehen erschien es unerheblich, daß Rome Cable mit einem Marktanteil von nur 1,3 % relativ geringfügig zur weiteren Konzentration des Marktes beitrug. Zum anderen war aber mit einem aus dem Zusammenschluß resultierenden Marktanteil von 29,1 % die Größenordnung erreicht, die schon im Philadelphia Bank-Fall für "presumptively illegal" angesehen wurde.

Schließlich nahm das Gericht auf das dictum von Justice Brennan im gleichen Fall Bezug, wonach, wenn die Marktkonzentration bereits sehr erheblich ist, schon ein geringfügiges weiteres Anwachsen derselben verhindert werden müsse. 327)

---

326) A.a.O., S. 457. Nur so ist auch zu erklären, warum der Supreme Court im Alcoa-Rome-Fall Kupfer- und Aluminiumleiter verschiedenen Märkten zuordnete, während er im Continental Can-Fall für Glas- und Blechbehälter einen einheitlichen Markt bestimmte, obwohl jeweils erhebliche Preisunterschiede bestanden (vgl. Pitofsky, Trade Regulation - 1964, 20 Bus. Law. 657, 662 (1965).

327) Vgl. U.S. v. Aluminum Co. of America, a.a.O., S. 278 - 281.

bb) Ähnlich war die Argumentation im Continental Can-Fall. Hier waren sowohl beide Teilmärkte der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen als auch der gemeinsame Markt hoch konzentriert. Die drei größten Blechdosenhersteller, darunter Continental Can an zweiter Stelle, hatten einen Marktanteil von 76 %; die drei größten Glasbehälterhersteller, Hazel Atlas dabei in der dritten Position, hielten 55 %. Im für beide Unternehmen gemeinsamen und für den vorliegenden Zusammenschluß für relevant angesehenen Markt vereinigten die ersten sechs Unternehmen 70 % des Umsatzes auf sich, Continental Can, dabei an zweiter und Hazel Atlas an sechster Stelle; mit zusammen 25 % Marktanteil hätte das neue Unternehmen knapp hinter dem Spitzenreiter mit 26,8 % Marktanteil rangiert. Außerdem zeigte sich auch hier eine Tendenz zur weiteren Konzentration. Beide Gesichtspunkte zusammengenommen hätten wohl schon allein genügt, den Zusammenschluß, wie oben im Alcoa Rome-Fall, nach den im Philadelphia Bank-Fall entwickelten Grundsätzen unter Sec. 7 zu subsumieren. [328] Das Gericht führte aber noch ein weiteres Argument an: Hazel Atlas war noch nicht auf allen Gebieten, auf denen Glasbehälter- und Blechdosenhersteller im Wettbewerb miteinander standen, als direkter Konkurrent von Continental Can aufgetreten. So war Hazel Atlas auf dem Gebiet der Abpackung von Limonade und Babynahrung, wo Continental heftig um seine Stellung kämpfte, bisher nicht in Erscheinung getreten. Gleichwohl war damit angesichts der Leistungsfähigkeit von Hazel-Atlas jederzeit zu rechnen. Dieser potentielle Wettbewerb, dem Continental Can zusätzlich ausgesetzt gewesen sei, sei durch den Zusammenschluß ebenfalls ausgeschaltet worden. Gegen das Argument, durch die durch den Zusammenschluß erreichte Diversifikation werde der Wettbewerb auf dem relevanten Markt verstärkt, wandte das Gericht ein, dies gelte nicht für ein ohnehin schon beherrschendes Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt. Im übrigen ziehe ein solcher Vorgang nur ähnliche Konzentrationsvorgänge nach sich. [329]

c) Versucht man die den beiden Fällen zugrundeliegende wettbewerbspolitische Vorstellung auf einen Nenner zu bringen, so läßt sich vielleicht folgendes sagen: Extreme Oligopolstellungen auf verwandten Märkten und in Verbindung damit zu erwartendes oligopolistisches Parallelverhalten ("parallel policies of mutual advantages" [330]) auf jedem einzelnen dieser Märkte sollen nicht dadurc

328) Vgl. U.S. v. Continental Can Co., a.a.O., S. 458 - 462.

329) A.a.O., S. 463 - 464. Soweit das Gericht in seiner Argumentation auf den Ausschluß potentiellen Wettbewerbs abstellte, sprach es die konglomeraten Züge des Zusammenschlusses an; vgl. dazu die Ausführungen zu den sog. "product extension mergers" unten S. 127 ff.

330) U.S. v. Aluminum Co. of America, a.a.O., S. 280.

weitere Unterstützung erhalten, daß durch Zusammenschlüsse über die Marktgrenzen hinweg der das Oligopolverhalten auf beiden Märkten noch in gewissen Schranken haltende "inter-industry"-Wettbewerb auch noch ausgeschaltet wird. [331] So gesehen bekommen auch die in den beiden Fällen vorgenommenen Marktdefinitionen, die zunächst sehr willkürlich erscheinen, einen Sinn. [332]

4. United States v. Von's Grocery Co. [333] und United States v. Pabst Brewing Co. [334]: Horizontale Zusammenschlüsse per se illegal?

Lagen den Entscheidungen in Philadelphia Bank, Alcoa-Rome und Continental Can Fall-Konstellationen zugrunde, die durch hochkonzentrierte Märkte gekennzeichnet waren, so folgt nun ein Beispiel für die Behandlung von Zusammenschlüssen in Märkten, die im Augenblick noch nicht konzentriert sind, die es aber im Begriff sind zu werden und die sich insoweit der Marktform des weiten

---

331) Dies kommt ganz deutlich in den "merger guidelines" des Justizministeriums zum Ausdruck, wo zur Rechtfertigung einer Marktabgrenzung, wie sie im Alcoa-Rome- und im Continental Can-Fall vorgenommen wurde, folgendes ausgeführt wird: "It is in no way inconsistent ... to pursue a policy designed to prohibit mergers between firms selling distinct products where the result of the merger may be to create or enhance the companies' market power due to the fact that the products, though not perfectly substitutable by purchasers, are significant enough alternatives to constitute substantial competitive influences on the production, development or sale of each" (a.a.O., S. 5 f. Nr. 3 (1)). Vgl. dazu ferner Brodley, a.a.O., S. 306 f.

332) Vgl. dazu auch Kaufer, Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, ZHR 1967, S. 301 ff., insbesondere S. 324 f.

333) 384 U.S. 270 (1966); vgl. dazu Markert, Die Fusionsrechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der USA im Gerichtsjahr 1965 - 1966, WuW 1966, 855, 856 ff. sowie v. Tirpitz, AWD 1967, 5 f.

334) 384 U.S. 546 (1966); vgl. dazu ebenfalls Markert, a.a.O., S. 859 f. sowie v. Tirpitz, a.a.O., S. 6.

Oligopols nähern bzw. diese schon erreicht haben. [335] Außerdem wird erneut die Problematik der Definition des geographisch relevanten Marktes angesprochen.

a) Im Von's Grocery-Fall ging es um den Zusammenschluß zweier großer Lebensmitteleinzelhandelsketten im Bereich von Los Angeles aus dem Jahre 1960. Die Von's Grocery Co., die eine Beteiligte an dem Zusammenschluß, stand umsatzmäßig an dritter Stelle auf dem Markt; die Shopping Bag Food Stores, die andere, war sechste. Zusammengenommen wären sie an die zweite Stelle unter den Lebensmitteleinzelhändlern gerückt mit einem Marktanteil von 7,5 %, was einem Umsatz von etwa 172 Mill. Dollar im Jahr entsprach. Beide waren aufstrebende, sehr erfolgreiche Unternehmen, die die Zahl ihrer Läden von 1948 bis 1958 von 14 auf 27 bzw. von 15 auf 34 erhöhten und dabei ihren Marktanteil verdoppelten bzw. verdreifachten. Der Markt insgesamt, bisher noch keine wesentlichen oligopolistischen Züge aufweisend - noch existierten 3818 Einzelladengeschäfte -, zeigte einen deutlichen Trend zur Konzentration. Die acht größten Ladenketten erhöhten ihren Marktanteil von 1948 - 1958 von zusammen 33,7 auf 40,9 %. [336]

aa) Das Gericht hielt den Zusammenschluß schon auf der Basis dieser wenigen Fakten für gesetzwidrig und ordnete unverzügliche Entflechtung an. Die für die Mehrheit des Gerichts dafür gegebene Begründung von Justice Black wurde deswegen stark angegriffen. [337] Black stützte die Entscheidung im wesentlichen auf drei Punkte:

---

335) Kaysen-Turner definieren das weite Oligopol als einen Markt, in dem weniger als 20 Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 75 % auf sich vereinigen, keines allein davon mehr als 10 - 15 %; das enge Oligopol dagegen soll durch 8 oder weniger Unternehmen mit zusammen 50 % Marktanteil gekennzeichnet sein, das größte davon mit 20 % oder mehr (a.a.O., S. 27, 72).
Etwas vorsichtiger wird in den "merger guidelines" des Justizministeriums das weite Oligopol als Markt umschrieben, in dem die ersten vier Unternehmen weniger als 75 % Marktanteil haben; das enge Oligopol als Markt, in dem vier Unternehmen 75 % oder mehr Marktanteil besitzen (a.a.O., S. 9, Nr. 5 und 6).

336) U.S. v. Von's Grocery Co., a.a.O., S. 272 f. Die Zahl der Einzelläden ging in der gleichen Zeit von 5365 auf 3818, also um 29 %, zurück. Die Zahl der Ladenketten erhöhte sich von 96 auf 150 (a.a.O., S. 273).

337) Handler, Some Misadventures in Antitrust Policy-making, 76 Yale L. J. 92, 108 (1966/67), beispielsweise nennt die in dieser Entscheidung zum Ausdruck kommende Interpretation: "(A) conversion of Sec. 7 from a prohibition of anticompetitive mergers into a ban on concentration."

(1) Auf den erheblichen Rückgang der Zahl der Einzelgeschäfte,
(2) auf das entsprechend heftige Anwachsen von Ladenketten, insbesondere durch Zusammenschlüsse, und
(3) darauf, daß der Zusammenschluß die beiden erfolgreichsten Unternehmen in dieser Entwicklung mit zusammen 66 Läden betrifft.

Diese Art Marktentwicklung sei genau die, so führte Black aus, die der Kongreß bei Erlaß des Clayton Act im Auge gehabt habe und von der er fürchtete, sie werde:

> "... slowly, but inevitably gravitate from a market of many small competitors to one dominated by one or a few giants..." 338)

bb) Diese stark simplifizierende, ja protektionistische Betrachtungsweise 339) wäre aber gar nicht nötig gewesen, da der Fall eine Reihe weiterer Tatsachen aufwies, die das Ergebnis der Entscheidung auch auf der Basis der vom Supreme Court übernommenen Oligopoltheorie durchaus gerechtfertigt erscheinen lassen. Dies zeigt die "concurring opinion" von Justice White. White stellte insbesondere einen Zusammenhang her zwischen der Konzentrationsentwicklung des Marktes und dem Einfluß, den der zu beurteilende Zusammenschluß darauf hatte. Die 20 größten Einzelhändler hatten ihren Marktanteil zwischen 1948 und 1958 von 44 auf 57 %, die acht größten, darunter die beiden Zusammenschlußparteien an dritter und sechster Stelle, von 34 auf 40,9 % erhöht, und durch den Zusammenschluß sogar einen Anteil von 44 % erreicht. Der vor dem Zusammenschluß erreichte Konzentrationsgrad des Marktes kam somit bereits dem eines weiten Oligopols nahe. 340) Der Marktanteil der acht größten Unternehmen, der in den letzten 10 Jahren um etwa 20 % angestiegen war, hätte sich durch den vorliegenden Zusammenschluß um weitere 10 % gesteigert. Angesichts dieser Entwicklung stellte White fest:

> "...it is clear to me that where the 8 leading firms have over 40 % of the market, any merger between the leaders or between one of them and a lesser competitor is vulnerable under Sec. 7, absent some special proof to the contrary .... The merger not only disposed of a substantial competitor

338) U.S. v. Von's Grocery Co., a.a.O., S. 278.
339) Justice Stewart nennt die Begründung der Mehrheit des Gerichts in seiner dissenting opinion: "...hardly more than a requiem for the so called 'Mom and Pop' grocery stores ... that are now economically and technologically obsolete in many parts of the country" (a.a.O., S. 288).
340) Vgl. dazu oben Anm. 335.

but increased the concentration in the leading firms." 341).

cc) Die für diesen Zusammenschluß geltend gemachten Rechtfertigungsgründe, wie die leichte Zugänglichkeit zum relevanten Markt, das Fehlen oligopolistischen Marktverhaltens, ein ständiger Wechsel der einzelnen Unternehmen in der größenordnungsmäßigen Rangfolge sowie die Tatsache, daß die Ladengeschäfte der beiden am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen zu 75 % örtlich so weit

---

341) A.a.O., S. 564. Diese Betrachtungsweise hat wiederum ihren Niederschlag gefunden in den bereits zitierten "merger guidelines" des Justizministeriums. Dort wird u.a. eine Richtlinie aufgestellt für Zusammenschlüsse in Märkten mit gegebenem Trend zur Konzentration (a.a.O., S. 9 f. Nr. 7). Danach wird jeder Zusammenschluß eines Unternehmens, das mindestens zu den führenden acht des betreffenden Marktes gehört, und deren gemeinsamer Marktanteil in den letzten 5 - 10 Jahren um wenigstens 7 % angewachsen ist (dies sind die Anzeichen eines beachtlichen Trends zur Konzentration, im Von's Grocery-Fall war der Anteil der acht größten Unternehmen in den vorangegangenen 10 Jahren von 33,7 % auf 40,9 % angestiegen) mit einem anderen Unternehmen, das 2 % oder mehr Anteil am gleichen Markt auf sich vereinigt, für vermutlich illegal gehalten.
Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen die von der Federal Trade Commission herausgegebenen Richtlinien für den Lebensmittelhandel (Enforcement Policy with Respect to Mergers in the Food Distribution Industries vom 17.1.1967, CCH-Trade Regulation Reporter, § 4520 (Jan. 67), S. 8): Anders als das Justizministerium geht die FTC branchenweise vor und nimmt außerdem absolute Kriterien zur Grundlage ihrer Richtlinien. Danach erscheinen im Lebensmittelhandel zwar zunächst nur Zusammenschlüsse von Unternehmen suspekt mit einem gemeinsamen Jahresumsatz von mehr als 500 Mill. Dollar (im vorliegenden Fall waren es nur 172 Mill. Dollar). Die FTC betont aber zugleich, daß dies nicht notwendig das einzige Kriterium sein müßte. Der Wettbewerb sei schon immer dann gefährdet, wenn zwei führende Einzelhandelsunternehmen eines lokalen Marktes sich zusammenschließen (a.a.O.).
Schließlich hätte zur Unterstützung der Entscheidung auch der im Brown Shoe Fall entwickelte Gedanke herangezogen werden können, daß, wenn heute ein Zusammenschluß mit insgesamt 7,5 % Marktanteil gut geheißen werde (in Brown Shoe waren es sogar nur 5 %), morgen ein Zusammenschluß ähnlicher Dimension nicht gut verboten werden könne (vgl. Brown Shoe Co. v. U.S. 370 U.S. 294, 343 - 44 (1962) und oben S. 91).

auseinanderlagen, daß sie sich keinen unmittelbaren Wettbewerb leisteten, bleiben allerdings auch in den "concurring-opinion" von Justice White gänzlich unberücksichtigt, obwohl White doch ausdrücklich von einer widerlegbaren Vermutung der Illegalität des Zusammenschlusses ausgegangen war. [342]

dd) Diese sehr schematische Vorgehensweise gegenüber horizontalen Zusammenschlüssen ohne Rücksicht auf mögliche Rechtfertigungsgründe, hat dem Supreme Court die Kritik eingetragen, er betrachte Zusammenschlüsse horizontaler Art für per se gesetzwidrig. [343] In der Tat scheint es Justice Black, nimmt man ihn wörtlich, mehr um die Erhaltung möglichst vieler einzelner Wettbewerber um ihrer selbst willen gegangen zu sein, und weniger um die Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf der Basis leistungsfähiger Unternehmenseinheiten. So will er Zusammenschlüsse selbst zwischen kleineren Wettbewerbern nur noch dann zulassen, wenn sie als ultima ratio notwendig sind, um Angriffen, denen sie seitens größerer Wettbewerber auf dem Markt ausgesetzt sind, zu entgehen. [344] Damit würden aber Zusammenschlüsse zwischen kleineren Unternehmen, die in wünschenswerter Weise den Wettbewerb steigern, weil dadurch erst Unternehmenseinheiten geschaffen würden, die den Wettbewerb mit den Großen des Marktes aufnehmen könnten, unmöglich gemacht. Eine solche Betrachtungsweise würde die Vormachtstellung der größeren Unternehmen auf dem Markt in unnötiger Weise weiter zementieren. [345] Diese sehr enge Lesart ist jedoch nicht notwendig, um das Ergebnis der Entscheidung zu rechtfertigen.

---

342) Umsomehr wurde darauf aber in der dissenting opinion der Justices Stewart und Harlan abgestellt (vgl. a.a.O., S. 281 - 299).

343) Vgl. Handler, a.a.O., S. 92; Markham, Current Decisions in Antitrust, 12 Antitrust Bull. 851 (1967); Chaffetz, What's left of mergers, 23 Bus. Law. 599, 602 (1968). Zustimmend dagegen im Ergebnis Brodley, a.a.O., S. 310: "Present competitiveness provides no guarantee of future competitiveness under more concentrated market conditions."

344) U.S. v. Von's Grocery Co., a.a.O., S. 277. Black nahm zwar noch Bezug auf Brown Shoe, wo Zusammenschlüsse zugelassen werden, die das Ziel haben "to compete more effectively with larger corporations dominating the relevant market". (Brown Shoe v. U.S., a.a.O., S. 319). Diese Bezugnahme erfolgte aber äußerst eingeschränkt, was Black's Feststellung widerspiegelt, daß der vorliegende Zusammenschluß jedenfalls nicht gerechtfertigt werden könnte auf der Basis "that the two had to merge to save themselves from destruction by some larger and more powerful competitor" (a.a.O.).

345) Vgl. Brodley, a.a.O., S. 310 f.; vgl. ferner Stigler, Die Wandlung des Oligopolproblems, Ordo XVIII, 1967, S. 65, 70.

Bei verständiger Auslegung läßt sich daher die Annahme eines per-se-Verbots für horizontale Zusammenschlüsse durchaus vermeiden. [346]

b) Im Pabst Brewing-Fall [347] war der Zusammenschluß der Pabst Brewing Co., der 10. größten Brauerei in den Vereinigten Staaten, mit der an 18. Stelle stehenden Blatz's Brewing Co. aus dem Jahre 1958 Gegenstand der Entscheidung. Nach dem Zusammenschluß hätte das neue Unternehmen auf dem nationalen Markt einen Marktanteil von 4,5 % erreicht, es wäre damit auf die fünfte Stelle vorgerückt; auf dem begrenzteren Markt der drei Staaten Wisconsin, Illinois und Michigan hätte der Marktanteil 11,3 % betragen; und auf dem Markt von Wisconsin allein wären es sogar 24 % gewesen, wobei Pabst umsatzmäßig die Führung übernommen hätte. [348] Die Struktur des nationalen Marktes entsprach der eines weiten Oligopols [349], die anderen beiden Märkte kamen einem engen Oligopol nahe. [350] Auf allen drei Märkten war wiederum eine Tendenz zur Konzentration zu verzeichnen; auf allen drei Märkten standen die beiden Unternehmen in erheblichem Wettbewerb untereinander. [351]

aa) Das Gericht war einmütig der Auffassung, daß der Zusammenschluß vor diesem Hintergrund gegen Sec. 7 Clayton Act verstoße. Keine Übereinstimmung bestand allerdings darüber, welcher oder welche geographisch relevanten Märkte dabei zugrundezulegen seien. Während die Mehrheit des Gerichts der Auffassung war, daß es darauf nicht erheblich ankomme, denn:

> "Proof of the section of the country where the anticompetitive effect exists is entirely subsidiary to the crucial question in this and every Sec. 7 case which is whether a merger may substantially lessen competition anywhere in the United States." [352],

legten die Justices Harlan, Stewart und Fortas besonderen Wert auf die Feststellung, daß es nach wie vor entscheidend darauf ankomme, den relevanten Markt als "the area of effective competition" abzugrenzen. Dies sei, so Harlan,

---

346) Vgl. Brodley, a.a.O., S. 311.

347) U.S. v. Pabst Brewing Co., 384 U.S. 546 (1966).

348) A.a.O., S. 550.

349) 1961 hielten die 25 größten Brauereien in den USA 77 %, die 10 größten 53 % des Marktes (a.a.O., S. 551).

350) Auf dem Dreistaatenmarkt hielten 1961 die acht größten Brauereien 68 %; in Wisconsin die vier größten 59 % (a.a.O., S. 551).

351) A.a.O., S. 551 f.

352) A.a.O., S. 549 f.

"... an area in which the parties ... compete, and around which there exist economic barriers that significantly impede the entry of new competitors." 353)

Solche Marktschranken seien aber nur bzgl. des Drei-Staaten- und des Wisconsin-Marktes gegeben, weil nur insoweit die Märkte unter wenige Oligopolunternehmen mit eingeführten Marken aufgeteilt seien, die zu verdrängen, für einen Neuling, der diese Märkte betreten wolle, ganz erhebliche Werbungskosten erforderlich mache. 354)

bb) Wie im Von's Grocery-Fall wäre es also auch hier möglich gewesen, aufgrund der dem Gericht vorliegenden Tatsachen mit den bisher in Sec. 7 Clayton Act entwickelten Grundsätzen zum gleichen Ergebnis zu kommen, ohne durch sehr verallgemeinernde Formulierungen und den Rückgriff auf mutmaßliche wettbewerbspolitische Zielvorstellungen des Gesetzgebers 355) neue Rechtsunsicherheit zu schaffen. Es bleibt abzuwarten, wie sich das Gericht verhalten wird, wenn Fälle zur Entscheidung stehen, die ihrer rechtstatsächlichen Ausformung nach vom bisher geltenden Recht nicht mehr erfaßt und die, sollte dennoch eine Verurteilung erfolgen, eine Fortentwicklung des bisher geltenden Rechts wirklich erforderlich machen würden. 356)

---

353) A.a.O., S. 556 f. Eine vermittelnde Position nehmen insoweit die "merger guidelines" des Justizministeriums ein. Während grundsätzlich an einer genauen Abgrenzung des geographisch relevanten Marktes festgehalten wird, wird es in Fällen, in denen dies Schwierigkeiten macht, weil unterschiedlich weite Verkaufräume mit besonderen Absatzschwerpunkten als mögliche Märkte in Frage kommen, als ausreichend angesehen, wenn sich der Zusammenschluß in einem dieser Verkaufsbereiche als verbotswidrig erweist. (a.a.O., S. 7 Nr. 3)

354) A.a.O., S. 558 - 561.

355) Brodley nennt Black's Ausführungen "a cavalier approach to the problem of market definition" (a.a.O., S. 311).

356) Interessant ist in diesem Zusammenhang wiederum die in den "merger guidelines" des Justizministeriums aufgestellten Maßstäbe für die Zulässigkeit horizontaler Zusammenschlüsse: Wie schon erwähnt, wird dort unterschieden zwischen Märkten, die hochkonzentriert sind (Umsatzanteil der vier größten Unternehmen 75 % oder mehr), solchen, die weniger konzentriert sind (Umsatzanteil der vier größten Unternehmen weniger als 75 %) - vgl. dazu oben Anm. 335 - und solchen, die einen Konzentrationstrend aufweisen (vgl. oben Anm. 341).

(1) In Märkten der ersten Kategorie wird das Justizministerium gegen jeden Zusammenschluß einschreiten, bei dem das erwerbende Unternehmen

B. Die Beurteilung vertikaler Zusammenschlüsse [357]

Soweit das Problem der vertikalen Integration überhaupt Gegenstand von Sherman

---

Fortsetzung der Fußn. 356) von S. 109:

(in diesem Zusammenhang gleichbedeutend mit dem größeren Unternehmen) Marktanteile von 4 bzw. 10 bzw. 15 % und das erworbene Unternehmen entsprechend solche von 4 bzw. 2 bzw. 1 % aufweist. D.h., die untere gemeinsame Marktanteilsschwelle liegt bei 8 % und steigt kontinuierlich je nach Verteilung der Anteile zwischen den beteiligten Unternehmen auf 16 % an. Zwischenwerte sind entsprechend dieser gleitenden Skala zu berechnen (a.a.O., S. 9 Nr. 5).

(2) In Märkten der zweiten Kategorie, also in Fällen eines weiten Oligopols, sind die entsprechenden Zahlen für das erwerbende Unternehmen 5, 10, 15, 20 und 25 % und für das erworbene Unternehmen 5, 4, 3, 2 und 1 %. D.h., die untere Zulässigkeitsgrenze liegt hier etwas höher bei 10 % vereinigter Marktanteile und steigt kontinuierlich mit der Disparität der Anteile der beteiligten Unternehmen auf 26 % an. Zwischenwerte errechnen sich wiederum entsprechend (a.a.O., S. 9 Nr. 6).

(3) In Märkten der dritten Kategorie mit Konzentrationstrend genügt für die Verbotswidrigkeit eines Zusammenschlusses schon, daß das erwerbende Unternehmen zu den ersten acht gehört und das erworbene Unternehmen mindestens 2 % Marktanteil hat (a.a.O., S. 9/10 Nr. 7). In diese Kategorie gehört der Von's Grocery-Fall (vgl. dazu und zur Definition eines Konzentrationstrends oben Anm. 341).

(4) Schließlich muß entsprechend den "merger guidelines" auch dann mit dem Eingreifen des Justizministeriums gerechnet werden, wenn, unabhängig von den Marktanteilen, a) ein Wettbewerber erworben wird, der ein besonders aktiver Wettbewerbsfaktor auf dem betreffenden Markt ist, oder b) es sich um einen Zusammenschluß handelt zwischen einem bedeutenden Unternehmen und einem anderen, das trotz eines nur geringen Marktanteils über ein ungewöhnliches wettbewerbliches Potential verfügt (a.a.O., S. 10 f. Nr. 8). Vgl. dazu insgesamt auch Markert, AWD 1968, 378. Zu den in der Literatur diesbezüglich aufgestellten Maßstäben vgl. oben Anm. 314.

357) Darunter fallen alle Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen, die zueinander im Zulieferer- Abnehmer-Verhältnis stehen, und zwar unabhängig davon, ob bis zum Zusammenschluß tatsächlich ein diesbezüglicher Warenaustausch zwischen den Parteien stattgefunden hat. Schließt sich ein Hersteller mit einem Zulieferer zusammen, spricht man von "Rückwärts"-Integration, schließt er sich umgekehrt mit einem Abnehmer zusammen, nennt man dies "Vorwärts"-Integration, vgl. dazu Kaysen-Turner, S. 119 f.

Act-Entscheidungen war [358], ging es letztlich um die Frage, inwieweit diese Integration Teil eines in größerem Rahmen stattfindenden Monopolstrebens war. [359] Erst unter dem Clayton Act trat die speziellere Frage in den Vordergrund, inwieweit durch vertikale Integration Mitwettbewerber des integrierenden bzw. des integrierten Unternehmens von einem erheblichen Teil des für sie relevanten Marktes ausgeschlossen werden (sog. foreclosure-Effekt). [360] Dies wird deutlich in dem 1957 vom Supreme Court entschiedenen DuPont-GM-Fall.

1. United States v. E.J. DuPont de Nemours & Co. [361]: Entwicklung des sog. "substantial foreclosure test"

Dieser Fall weist die Besonderheit auf, daß in ihm ein Zusammenschluß angegriffen wurde, der bereits 40 Jahre zurücklag. Zwischen 1917 und 1919 nämlich hatte DuPont 23 % der Aktion der General Motors Co. (GM) aufgekauft, und war von da ab in ständig zunehmendem Ausmaß, entsprechend der Entwicklung von GM als Zulieferer von Autolacken und Plastikteilen, mit GM verbunden. 1947 lieferte DuPont schließlich 68% des Bedarfs von GM an Autolacken und 39 % desselben an Plastikteilen; dies entsprach etwa 34 % bzw. 19,5 % der überhaupt auf den Markt gelangenden Menge dieser Produkte. [362]

---

358) Vgl. für vertikale Vereinbarungen U.S. v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947) und U.S. v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948); für vertikale Unternehmenszusammenschlüsse vgl. U.S. v. Columbia Steel Corp., 334 U.S. 495 (1948) oben S. 61 f.

359) Vgl. dazu insbesondere Adelman, Integration and Antitrust Policy, 63 Harv. L. Rev. 27 (1949); Bork, Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception, 22 U.Chi. L. Rev. 157 (1954) und Brodley, a.a.O., S. 316.

360) Zwar hebt auch schon die Columbia Steel-Entscheidung bei der Beurteilung der vertikalen Auswirkung des Zusammenschlusses zwischen Columbia Steel und Consolidated den "foreclosure"-Gedanken hervor (vgl. U.S. v. Columbia Steel Corp., a.a.O., S. 508 f. und oben S. 62), dennoch war für die Haltung des Gerichts wohl letztlich doch maßgebend, daß, nach Ansicht des Gerichts, der Zusammenschluß auf keinem der in Frage kommenden Märkte die Marktmacht von Columbia Steel merklich erhöht hatte. Vgl. dazu Kaysen-Turner, S. 123 und Brodley, a.a.O., S. 316.

361) 353 U.S. 586 (1957); vgl. dazu insbesondere Kessler & Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 Yale L. J. 1,68 ff. (1959).

362) A.a.O., S. 596.

Das Gericht war der Auffassung [363], daß es nicht darauf ankommen könne, ob ein Zusammenschluß eine wahrscheinliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung gleich bei dessen Vollzug oder erst später, Jahre danach, erkennen lasse. Ziel des Clayton Act [364] sei es gewesen, jede und zu jeder Zeit auftretende Wettbewerbsbeschränkung, die auf den Zusammenschluß zurückzuführen sei, in ihren Anfängen zu erfassen. Sec. 7 sei daher auch auf den vorliegenden Fall anwendbar. [365]

Als relevanten Markt bestimmte das Gericht speziell den für Autolacke und Autoplastikteile. [366] In Einschränkung des aus dem Cellophane-Fall bekannten sog. "reasonable interchangeability test" [367] entwickelte das Gericht den sog.

---

363) Die Entscheidung fiel mit vier zu zwei Stimmen sehr knapp aus. Die "majority opinion" schrieb Justice Brennan.

364) Da der Aufkauf der Aktien bereits 1919 erfolgte, war Sec. 7 Clayton Act in dieser Entscheidung noch in seiner ursprünglichen Fassung anzuwenden (vgl. oben Anm. 281); Anwendungsschwierigkeiten, die sich daraus ergaben, daß Sec. 7 in seiner alten Fassung streng genommen nur auf horizontale Zusammenschlüsse anwendbar war, überwand das Gericht durch eine großzügige Auslegung des Wortlauts aufgrund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (a.a.O., S. 592).

365) A.a.O., S. 597. Die durch diese Auslegung mögliche erweiterte Anwendungsweise von Sec. 7 hat Anlaß zu Spekulationen gegeben, ob nicht damit eine wirksame Waffe gegen überkommene, auf zeitlich zurückliegenden Zusammenschlüssen beruhende Oligopolstrukturen geschaffen sei (vgl. Report, The Backward Sweep Theory and the Oligopoly Problem, 32 ABA Antitrust Section 306 (1966). Die Tatsache, daß seither nicht in diesem umfassenden Sinne von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, läßt darauf schließen, daß es sich um eine einmalige, auf den besonderen Tatsachen dieses Falls beruhende Entscheidung handelt (vgl. Report, a.a.O., S. 327 sowie Brodley, a.a.O., S. 344, der auf den 1966 ergangenen Bank Merger Act (12 U.S.C.A. § 1828 (c) (Supp. March 1966)) verweist und aus der Tatsache, daß darin jede rückwirkende Anwendung auf vor Erlaß des Gesetzes vollzogene Bankenzusammenschlüsse ausdrücklich ausgeschlossen ist, den Schluß zieht, daß der Gesetzgeber auch neuerdings jedes "Aufbrechen" der bestehenden Marktstrukturen ablehnt (a.a.O.).

366) Bezogen auf den Markt für Lacke und Plastikteile allgemein wäre der Bedarfsanteil von GM mit 3,5 % bzw. 1,6 % weit weniger beeindruckend gewesen (a.a.O., S. 593).

367) Vgl. U.S. v. DuPont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 404 (1956) und oben S. 53.

"peculiar characteristics and uses test", wonach es ausreichend ist, wenn ein bestimmtes Produkt, um einen besonderen Markt zu bilden, hinreichend eigentümliche Eigenschaften und Gebrauchsmöglichkeiten aufweist, die es von allen anderen in Betracht kommenden Ersatzgütern unterscheidet. [368] Diese Voraussetzungen sah das Gericht vorliegend durch die besondere Gestaltung der Produkte im Hinblick auf die Verarbeitung in der Automobilbranche als gegeben an. [369]

Als entscheidende Kriterien für die Beurteilung der wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung eines vertikalen Zusammenschlusses auf den so definierten Märkten nannte das Gericht zwei Gesichtspunkte (sog. rule of substantive foreclosure):

a) Ist durch den Zusammenschluß überhaupt ein wesentlicher Markt betroffen?

b) Wenn ja, ist ein wesentlicher Teil der Nachfrage auf diesem Markt dem Wettbewerb entzogen? [370]

Beide Fragen bejahte das Gericht in vorliegendem Fall. Die durch die Automobilindustrie ausgelöste Nachfrage nach Autolacken und Autoplastikteilen insgesamt, woran GM allein mit 50 % beteiligt war, erschienen als genügend große Märkte; die durch die Verbindung DuPont - GM dem Wettbewerb entzogenen Anteile daran von 34 % bzw. 19,5 % erschienen sogar mehr als ausreichend, um eine Verletzung von Sec. 7 Clayton Act anzunehmen. [371]

---

368) A. a. O., S. 593 f. Dieser Test kommt der im Brown Shoe-Fall entwickelten "submarket"-Theorie sehr entgegen (vgl. Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 325 (1962) und oben S. 90). Dies entspricht der allgemeinen Tendenz, in Zusammenschlußfällen den relevanten Markt möglichst eng einzugrenzen (vgl. oben S. 82).

369) A. a. O., S. 593.

370) A. a. O., S. 595.

371) A. a. O., S. 596. Das Gericht nahm dabei Bezug auf den sog. Standard Stations-Fall (Standard Oil Co. of California v. U.S., 337 U.S. 293 (1949)), in dem Ausschließlichkeitsverträge, die insgesamt 6,7 % des Marktes dem Wettbewerb entzogen, nach Sec. 3 Clayton Act für unwirksam erklärt wurden. Im Anschluß daran nennt auch Bok, Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics, 74 Harv. L. Rev. 226, 335 (1960), jeden vertikalen Zusammenschluß für vermutlich verbotswidrig, der mehr als 6 - 7 % des Marktes vom Wettbewerb ausschließt. Kaysen-Turner, S. 133, halten dagegen jeden vertikalen Zusammenschluß für zunächst verbotswidrig, der von einem Unternehmen ausgeht,

Daß die von DuPont erreichten Marktanteile nicht das Ergebnis eines erfolgreichen Wettbewerbsverhaltens waren, sondern auf einer intensiven Einflußnahme DuPont's auf GM über ihren Aktienbesitz beruhten, entnahm das Gericht u. a. der Tatsache, daß bald nach dem Aktienkauf ein ehemaliger Verkaufsdirektor von DuPont in den Vorstand von GM eintrat, und daß DuPont auch in der Folgezeit ständig einen diesbezüglichen Druck auf GM ausübte. [372]

Während in vorliegendem Fall ein sehr erheblicher Teil des Marktumsatzes auf die Zusammenschlußparteien entfiel, und somit nach der sog. "rule of substantive foreclosure" die wettbewerbsbeschränkende Wirkung von Anfang an nicht in Frage stand, erscheint der nun folgende Fall, zumindest größenordnungsmäßig, weit problematischer.

2. Brown Shoe Co. v. United States: [373] Schon ein Trend zur vertikalen Integration ist gefährlich

Die vertikale Seite dieses Falles [374] kommt darin zum Ausdruck, daß Brown Shoe, die eine Partei des Zusammenschlusses, die 4. größte Schuhherstellerin auf dem amerikanischen Markt war mit einem Marktanteil von 4 %, und daß Kinney, die andere Partei, die größte unabhängige Ladenkette mit über 400 Schuheinzelhandelsgeschäften unterhielt mit einem Marktanteil von insgesamt 1,2 %. Beide Märkte waren noch durch die Existenz einer Vielzahl kleinerer Unternehmen gekennzeichnet. Allerdings zeigte sich ein deutlicher Trend zur Konzentration und vertikalen Integration, woran Brown Shoe selbst maßgeblich beteiligt war. [375]

Fortsetzung der Fußn. 371) von S. 113:
das auf seinem Markt einen Anteil von 20 % oder mehr hat. Stigler, a. a. O. S. 182, ist der gleichen Auffassung; allerdings knüpft er die Vermutung der Verbotswidrigkeit noch an das weitere Erfordernis, daß das integrierte Unternehmen selbst 5 - 10 % Anteil an seinem Markt haben muß.

372) A. a. O., S. 602 - 605.

373) 370 U. S. 294 (1962). Vgl. dazu Bodner, Vertical Mergers Under Section 7, 22 ABA Antitrust Section 106 (1963) und Blackford, Vertical Acquisition and Section 7 of the Clayton Act, 17 W. Res. L. Rev. 102 (1965).

374) Zur horizontalen Seite des Falls vgl. oben S. 88 ff. mit weiteren Literaturangaben.

375) A. a. O., S. 300 - 304; so gerieten zwischen 1951 und 1956 neun unabhängige Schuhladenketten mit insgesamt 1114 Läden in die Abhängigkeit der vier größten Schuhhersteller. Brown Shoe selbst erwarb in dieser Zeit die Kontrolle über 845 Einzelhandelsgeschäfte und 7 kleinere Schuhhersteller (a. a. O.).

a) Als für den Unternehmenszusammenschluß relevante sachliche Märkte nahm das Gericht wiederum, wie bei der Beurteilung der horizontalen Seite des Unternehmenszusammenschlusses, besondere Teilmärkte für Herren-, Damen- und Kinderschuhe an. [376] Geographisch gesehen erschien der gesamte nationale Markt relevant. [377] Bei der Beurteilung der wahrscheinlichen Auswirkung des vertikalen Zusammenschlusses maß das Gericht der Größe des Marktanteils von Kinney, und dem in dieser Größenordnung zu erwartenden Ausschluß anderer selbständiger Wettbewerber von der Belieferung Kinney's wohl eine erhebliche, jedoch nicht entscheidende Bedeutung bei. Wenn dieser Marktanteil so groß sei, daß er an eine Monopolstellung heranreiche, so sei zwar der Clayton Act verletzt, aber im Grunde sei für einen solchen Fall der Sherman Act vorgesehen. Auf der anderen Seite könne jedoch gesagt werden, daß dann, wenn nur ein ganz unwesentlicher Marktanteil betroffen sei, auch der Clayton Act nicht berührt sei. Für die Mehrheit der Fälle, die zwischen diesen beiden Extremen liege, könne jedoch der betroffene Marktanteil allein nicht entscheidend sein. Vielmehr müßten zahlreiche andere Faktoren historischer und wirtschaftlicher Art mit herangezogen werden. [378] Ein solches wichtiges Kriterium sei der Zweck, der mit dem Zusammenschluß verfolgt werde. Daraus könne insbesondere auf das zukünftige Verhalten der Parteien geschlossen werden. So sei beispielsweise nicht zu beanstanden, daß sich kleinere Unternehmen zusammenschließen, um, wirtschaftlich leistungsfähiger, dem Wettbewerb der größeren wirkungsvoller zu begegnen, oder daß ein Unternehmen ein anderes, insolventes aufkauft, um es vor dem endgültigen Zusammenbruch zu bewahren (sog. failing company excuse). [379]

Diese Rechtfertigungsgründe seien im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Es sei kaum eine größere Beschränkung dieses Marktes durch einen vertikalen Zusammenschluß denkbar, als wenn Brown Shoe, die viertgrößte Schuhherstellerin im Lande, Kinney, die größte unabhängige Ladenkette im Schuheinzelhandel, aufkaufe. Hinzu komme, daß Brown Shoe seine Eigentümerstellung offensichtlich dazu benutzen wolle, seine Ware in stärkerem Maße durch Kinney-Läden auf den Markt zu bringen. Dies gehe aus Stellungnahmen des Präsidenten von Brown Shoe hervor und entspreche auch der seitherigen Praxis. [380]

---

376) A.a.O., S. 325 - 326; vgl. oben S. 90.

377) A.a.O., S. 328.

378) A.a.O., S. 329.

379) A.a.O., S. 329 - 331.

380) A.a.O., S. 332. Während Kinney vor dem Zusammenschluß noch keine Ware von Brown Shoe führte, war letztere ein Jahr danach schon der größte Fremdlieferant von Kinney mit einem Anteil von 7,9 % (a.a.O., S. 304).

Der Effekt dieser vertikalen Integration komme somit weitgehend dem von Koppelungs- bzw. Ausschließlichkeitsverträgen gleich mit dem Unterschied, daß erstere noch zusätzlich eine Dauerwirkung aufweise und schwerer rückgängig zu machen sei. 381)

b) Ein anderer wichtiger Faktor für die Beurteilung eines Zusammenschlusses sei, ob der Zusammenschluß im Zuge eines allgemeinen Trends zur Konzentration und insbesondere vertikalen Integration auf diesem Markt erfolge. 382) Ein solcher Trend sei durch die Tatsachenfeststellung im vorliegenden Fall belegt; insbesondere die Fusionspolitik der vier größten Schuhhersteller auf dem Markte tendiere eindeutig in diese Richtung. Demgegenüber sei der im Augenblick noch vorhandene Wettbewerb ohne Bedeutung, denn:

> "... remaining vigor cannot immunize a merger if the trend in that industry is toward oligopoly". 383)

In diesem Zusammenhang sei schließlich auch zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber von Sec. 7 Clayton Act in ihrer neuen Fassung eine Marktstruktur im Auge gehabt habe, die sich aus vielen unabhängigen Einheiten zusammensetze, und die zu erhalten bzw. anzustreben Aufgabe des Clayton Act sei. Dabei sei zu beachten, daß sich die Entwicklung zur Konzentration in einem Markte häufig nicht in wenigen großen Unternehmenszusammenschlüssen äußere, sondern in einer Vielzahl aufeinanderfolgender kleiner Zusammenschlüsse ihren Niederschlag finde. Schon diesen kleinen Schritten gelte es, mittels Sec. 7 Clayton Act, Einhalt zu gebieten. 384)

Alle diese Gesichtspunkte zusammengenommen, so folgerte das Gericht, ließen den Zusammenschluß auch in seiner vertikalen Auswirkung verbotswidrig erscheinen.

c) Somit steht auch im Brown Shoe-Fall für das Gericht der sog. "foreclosure"-Effekt eines vertikalen Zusammenschlusses im Mittelpunkt des Interesses. Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung dieses Effekts wird insbesondere darin gesehen, daß die sich zusammenschließenden, im Verhältnis Zulieferer - Abnehmer

---

381) A.a.O. mit Hinweis auf Kessler & Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 Yale L. J. 1, 78 (1959).

382) A.a.O.; vgl. dazu Stigler, Mergers and Preventive Antitrust Policy, 104 U. Pa. L. Rev. 176, 180 (1955); Att. Gen. Rep., S. 124.

383) A.a.O., S. 332 f.

384) A.a.O., S. 333 f.; vgl. zu dieser sog. "incipiency theory" oben Anm. 299.

zueinanderstehenden Unternehmen die Tendenz haben, für ihren diesbezüglichen Bedarf in steigendem Maße die durch den Zusammenschluß eröffneten internen Beziehungen dienstbar zu machen. Dadurch werden auf der Zulieferseite des durch den Zusammenschluß berührten Marktes bisherige oder künftige Lieferanten des am Zusammenschluß beteiligten Abnehmerunternehmens, die selbst nicht oder nur teilweise integriert sind, von der Lieferung ausgeschlossen und damit insgesamt in ihrer Absatzmöglichkeit eingeschränkt. [385] Umgekehrt können auf der Abnehmerseite des betroffenen Marktes bisherige oder künftige Abnehmer des am Zusammenschluß beteiligten Zuliefererunternehmens von der weiteren Belieferung teilweise oder ganz ausgeschlossen bzw. benachteiligt und damit ebenfalls in ihrer Wahlmöglichkeit beengt werden. Ist ein solches nicht integriertes Abnehmerunternehmen zugleich ein Wettbewerber des am Unternehmenszusammenschluß beteiligten Abnehmerunternehmens, und ist ersteres aus irgendeinem Grunde von der Belieferung durch das integrierte Zuliefererunternehmen abhängig, z.B. weil das betroffene Produkt besonders knapp oder gerade neu entwickelt ist, so kann das integrierte Zuliefererunternehmen dem integrierten Abnehmerunternehmen ganz erhebliche Wettbewerbsvorteile dadurch verschaffen, daß es das nicht integrierte Abnehmerunternehmen entweder überhaupt nicht oder nur unzureichend beliefert ("supply squeeze") oder aber zu einem Preis, der nahe an den Wiederverkaufspreis des integrierten Abnehmerunternehmens herankommt ("price squeeze"). [386]

d) Der sog. "foreclosure"-Effekt zeigt, daß durch vertikale Zusammenschlüsse der Zugang zum Markt für potentielle Wettbewerber [387] bzw. die Bewegungsfreiheit der bereits auf dem Markt befindlichen nicht integrierten aktuellen

---

385) Vgl. dazu auch U.S. v. Maryland and Virginia Milk Producers Assn., 362 U.S. 458 (1960).

386) Vgl. dazu U.S. v. Bethlehem Steel Corp., 168 F. Supp. 576 (S. D. N. Y. 1958) sowie Kaysen-Turner, S. 122 und Singer, a.a.O., S. 212 - 223; vgl. ferner die "merger guidelines" des Justizministeriums, a.a.O., S. 18 Nr. 13 und unten Anm. 390. Auch im Brown Shoe-Fall wird auf die Möglichkeit der "price squeeze" hingewiesen, wenn ausgeführt wird: "The retail outlets of integrated companies ... can market there own brands at prices below those of competing independent retailers" (Brown Shoe Co. v. U.S., a.a.O., S. 344).

387) Eine weitere Erschwerung des Zugangs zum Markt kann darin liegen, daß die durch die vertikale Integration eröffnete Möglichkeit besserer Produktdifferenzierung, insbesondere die Erzielung von Markenpräferenzen beim Abnehmer, verstärkt wahrgenommen wird (vgl. Bain, Barriers to New Competition, 1956, S. 216 f.).

Wettbewerber erheblich erschwert werden kann. Das gilt für den Abnehmer - wie für den Wiederverkäufermarkt. [388] Diese wettbewerbsbeschränkende Wirkung stellt sich allerdings in der Regel nur dann ein, wenn mindestens eine der Parteien des vertikalen Zusammenschlusses auf ihrem Markt über horizontale Marktmacht verfügt. [389] Nur so kann die Ausschlußwirkung der Integration spürbar den Wettbewerb beeinträchtigen. Unter dieser Voraussetzung ist es aber dann auch möglich, durch vertikale Integration bestehende Marktmacht weiter auszubauen bzw. von einem Markt auf den anderen zu verpflanzen. [390]

---

388) Vgl. dazu Kessler & Stern, a.a.O., S. 79 und die "merger guidelines", S. 13 f. Nr. 11.

389) Vgl. Kaysen-Turner, S. 123; Kessler & Stern, a.a.O., S. 16 und Brodley, a.a.O., S. 318 f.

390) Vgl. Kaysen-Turner, S. 121 - 123. Zu den quantitativen Anforderungen, die die Literatur insoweit an den Markteinfluß der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen stellt, vgl. oben Anm. 371.
Die "merger guidelines" des Justizministeriums geben in diesem Zusammenhang folgende Anhaltspunkte: Sie differenzieren zunächst zwischen Wettbewerbswirkungen auf dem Markt des Lieferanten und auf dem des Abnehmers.
(1) Bezogen auf den Markt des Lieferanten erscheint ein Zusammenschluß dann suspekt, wenn der Lieferant mindestens etwa 10 % Marktanteil auf seinem Markt hat und auf den am Zusammenschluß beteiligten Abnehmer mindestens etwa 6 % des gesamten Absatzes auf diesem Markt entfallen, es sei denn, daß keine bedeutenden Zugangsschranken für den Markt des Abnehmers bestehen (a.a.O., S. 16 Nr. 12).
(2) Bei Vorliegen der unter (1) genannten Kriterien wird nach Ansicht des Justizministeriums in der Regel auch der Wettbewerb auf dem Markt des Abnehmers beeinträchtigt. Für den Fall, daß auf den Abnehmer weniger als 6 % des Absatzes auf dem Lieferantenmarkt entfallen, stellt das Ministerium folgende weitere Kriterien für die mutmaßliche Verbotswidrigkeit auf: Ist das Produkt des am Zusammenschluß beteiligten Lieferanten ein wichtiger Bestandteil eines vom Abnehmer und seinen Wettbewerbern hergestellten Endprodukts, so soll es für ein Eingreifen des JM genügen, wenn der beteiligte Lieferant mindestens über etwa 20 % Anteil auf seinem Markt verfügt und der beteiligte Abnehmer mindestens etwa 10 % Marktanteil am Absatz des Fertigprodukts hat, für das das zugelieferte Teil benötigt wird. Insoweit bestehe eine erhöhte Gefahr einer sog. "price squeeze" oder "supply squeeze" (a.a.O., S. 16 - 18 Nr. 13).
(3) Unabhängig davon soll auch bei einem bedeutenden Trend zur vertikalen Integration eingegriffen werden können (a.a.O., S. 18 - 19 Nr. 14). Vgl. dazu unten Anm. 394.

e) Während diese Vorbedingung des Vorhandenseins horizontaler Marktmacht im zunächst erörterten DuPont-GM-Fall auf beiden Märkten in hohem Maße gegeben war, fehlte diese gänzlich auf den dem Brown-Shoe-Fall zugrundeliegenden Märkten. An dieser Stelle setzt daher die Kritik an dieser Entscheidung ein. [391] Es wird insbesondere geltend gemacht, daß man nicht, wie es der Supreme Court getan hat, in Ermangelung bestehender Marktmacht allein auf einen festgestellten Trend zur vertikalen Integration abstellen könne. Denn vertikale Integration allein schaffe keine Marktmacht, sie erhöhe bestenfalls bestehende Marktmacht. [392] Dem ist aber entgegenzuhalten, daß wiederholt vorgenommene vertikale Zusammenschlüsse, insbesondere wenn sie, wie im Brown Shoe-Fall, durch jeweils das gleiche Unternehmen erfolgen, sehr wohl auch die horizontale Marktstellung der beteiligten Unternehmen erweitern und auf lange Sicht zu Oligopolstellungen führen können. So jedenfalls wird man die Brown Shoe-Entscheidung und die darin erfolgte Weiterentwicklung des Rechts der vertikalen Unternehmenszusammenschlüsse durch die sog. "incipiency theory" [393] verstehen müssen. [394]

---

391) Vgl. Brodley, a.a.O., S. 316 f.

392) Brodley, a.a.O.

393) Vgl. dazu schon oben Anm. 384 und 299.

394) Vgl. Bock, Mergers and Markets, 1966, S. 127, 131 f. und Blackford, a.a.O., S. 118. Diese Auffassung wird bestätigt in den dem Brown Shoe-Fall nachfolgenden Entscheidungen, vgl. U.S. v. Kennecott Copper Corp., 231 F. Supp. 965 (S. D. N. Y. 1964). Sie hat außerdem in den "merger guidelines" des Justizministeriums ihren Niederschlag gefunden, wonach jeder vertikale Zusammenschluß, der von einer nicht unbedeutenden Gesellschaft (major firm) ausgeht, Gegenstand eines Section 7 - Verfahrens werden kann, wenn die Fusion im Verlauf eines deutlichen (significant) Trends zur vertikalen Integration durch Zusammenschlüsse erfolgt, der eine Erschwerung des Zugangs zum Markt und der Bewegungsfreiheit der bereits auf dem Markt befindlichen unabhängigen Wettbewerber erwarten läßt, und wenn es sich nicht klar erweist, daß der betreffende Zusammenschluß eine erhebliche Leistungssteigerung in der Produktion oder Verteilung zur Folge hat (a.a.O., S. 19 Nr. 14).
Ähnlich auch die von der Federal Trade Commission für die Zementindustrie herausgegebenen Richtlinien, vgl. FTC, Enforcement Policy with Respect to Vertical Mergers in the Cement Industry, CCH-Trade Regulation Reporter, § 4510 (Jan. 67).

C. Die Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse: [395]

Als konglomerate Zusammenschlüsse werden alle diejenigen bezeichnet, die weder

(1) Unternehmen betreffen, die identische oder leicht substituierbare Produkte herstellen und diese auf dem gleichen geographischen Markt verkaufen, also horizontaler Art sind, noch

(2) solche darstellen, die zwischen Unternehmen erfolgen, die im Zulieferer-Abnehmer-Verhältnis zueinander stehen, also vertikaler Art sind. [396]

Liegt der mögliche wettbewerbsbeschränkende Effekt eines horizontalen Zusammenschlusses, bei dem sich zwei direkte Wettbewerber miteinander verbinden, durch die Tatsache der Ausschaltung eben dieses Wettbewerbs offen zutage, und mag demgegenüber der Gesichtspunkt einer durch den Zusammenschluß erreichten Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zurückzutreten haben, so ist diese Auswirkung bei einem vertikalen Zusammenschluß schon weit weniger evident. Denn Marktmacht wird durch vertikale Integration allein auf keinem der betroffenen Märkte geschaffen. Vielmehr scheint jeder vertikale Zusammenschluß zunächst einmal durch eine durch Vereinfachung der Versorgungs- bzw. Absatzwege erreichte Leistungssteigerung des fusionierten Unternehmens gerechtfertigt zu sein. Ja, es sind Fälle denkbar, in denen die vertikale Integration vielleicht der einzige Weg ist, um die hohen Marktschranken, die den Versorgungs- bzw. Absatzmarkt umgeben, mit Erfolg zu überwinden. Ist diese Beur-

---

395) Vgl. dazu insbesondere die grundlegenden Aufsätze von Edwards, Conglomerate Bigness as a Source of Power in: Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 331 ff.; ders., The Changing Dimensions of Business Power in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe f. H. Kronstein, 1967, S. 237 ff. und Turner, Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act, 78 Harv. L. Rev. 1313, (1965) sowie Blair, The Conglomerate Merger in Economics and Law, 46 Geo. L. J. 672, (1958); Hrusoff, Conglomerate Mergers, Joint Ventures, Market Extensions and Section 7 of the Clayton Act, 69 Dick. L. Rev. 113 (1965); Bock, Mergers und Markets: An Economics Analysis of the First Fifteen Years under the Merger Act of 1950, 1966; Narver, Conglomerate Mergers and Market Competition, 1967 und sehr kritisch Day, Conglomerate Mergers and "the Curse of Bigness", 42 N. C. L. Rev. 511 (1964). Vgl. ferner neuerdings Davidow, Conglomerate Concentration and Section Seven: The Limitation of the Antimerger Act, 68 Col. L. Rev. 1231 (1968).

396) Vgl. Turner, a.a.O., S. 1315.

teilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung von vertikalen Zusammenschlüssen [397] also weit schwieriger als bei horizontalen Verbindungen, so ist diese Schwierigkeit in noch viel höherem Maße bei konglomeraten Verbindungen gegeben, wo ein Zusammenschluß über bestehende Marktgrenzen hinweg in mehr oder weniger verwandte Märkte (mixed conglomerates) oder gar in völlig verschiedene Märkte (pure conglomerates) erfolgt, wo auf keinem der Märkte ein Unternehmen verschwindet, sondern nur eines durch ein anderes ersetzt wird, ohne daß dadurch der Konzentrationsgrad des betreffenden Marktes erhöht wird, und wo daher der Wettbewerb, jedenfalls unmittelbar, nicht tangiert zu sein scheint. Auch in diesem Fall scheinen die Vorteile, die sich insbesondere aus einer auf diese Weise erreichten Diversifikation des Produktionsprogramms und der damit verbundenen Risikoverteilung ergeben, mögliche Nachteile, die eine solche Zusammenschlußform auslösen könnte, wieder aufzuwiegen. [398]

Die Gefahren, die von dieser neuen Form der Unternehmenskonzentration für den Wettbewerb ausgehen können und die nach Edwards mit dem herkömmlichen Monopol - oder Oligopolkonzept nicht mehr zu erfassen seien, hat dieser in seinem grundlegenden Aufsatz wie folgt umschrieben:

> "... the power of large concerns becomes more conspicuous as the diversity of operations becomes greater, that is, as the likelihood that the large concern has monopoly power in any particular market becomes less. When the large company spreads across many products throughout a wide geographical area and covers a series of stages in production and distribution, its opportunities for multiple contacts with other large concerns are at their greatest, and the advantage to be derived from an effort to get the best of another large company at a particular point is least evident. Similarly, such a company has the maximum chance to discipline or destroy any particular small company by a localized attack without serious inconvenience to itself, and has the minimum vulnerability to attack from a single small company... .
> Differentials in size rather than in monopoly power are the source of such advantages. The large concern has a special status, even though it may operate in an industry so large that its percentage of the total market is small. The small enterprise lacks these advantages even though it may operate in an industry so small that it has a practical monopoly from which it derives other types of advantages." [399]

---

397) Vgl. dazu oben S. 110 ff.
398) Vgl. Turner, a.a.O., S. 1315 und 1321.
399) Edwards, Conglomerate Bigness, a.a.O., S. 336.

Eine weitere Konkretisierung der Gefahren, die eine konglomerate Konzentration für den Wettbewerb auslösen kann, ist inzwischen durch die Spruchpraxis des Supreme Court und der Federal Trade Commission erfolgt. [400] Danach lassen sich bisher drei Fall-Gruppen unterscheiden, bei denen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

(1) Die sog. "market-extension mergers", bei denen sich Hersteller identischer bzw. leicht substituierbarer Güter, aber mit Absatzmärkten in verschiedenen geographischen Räumen, zusammenschließen. Als Beispiel dafür soll der El Paso-Fall dienen. [401]

(2) Die sog. "product-extension mergers", bei denen sich Hersteller verwandter Güter, die durch nahezu die gleichen Produktionseinrichtungen hergestellt, über dieselben Absatzwege verteilt und mit den gleichen Forschungs- und Entwicklungsmethoden weiterentwickelt werden können, zusammenschließen. Diese Fall-Gruppe soll der erst kürzlich entschiedene Procter & Gamble-Fall [402] verdeutlichen.

(3) Die sog. "reciprocity"-Fälle, in denen die sich zusammenschließenden Unternehmen in einer solchen Weise vertikal verbunden sind, daß sie dritte Unternehmen, die tatsächliche oder potentielle Zulieferer des einen und tatsächliche oder potentielle Abnehmer des anderen Unternehmens sind, zu Gegenkäufen zwingen können. Diese Problematik soll am Beispiel des Consolidated Foods-Fall [403] aufgezeigt werden. [404]

---

400) Richtungweisend war dabei der oben in Anm. 395 zitierte Aufsatz von Turner. Die dort aufgestellten Grundsätze haben schließlich auch Eingang in die vom Justizministerium herausgegebenen "merger guidelines" gefunden (a.a.O., S. 20 - 27, Nr. 17 - 20).

401) U.S. v. El Paso Natural Gas Co., 376 U.S. 651 (1964).

402) FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967). Hierunter würden strenggenommen auch die vom Supreme Court als horizontale Zusammenschlußfälle behandelten Entscheidungen U.S. v. Continental Can Co., 378 U.S. 441 (1964) und U.S. v. Aluminum Co. of America, 377 U.S. 271 (1964) fallen, vgl. oben S. 99 ff.

403) FTC v. Consolidated Foods Co., 380 U.S. 592 (1965).

404) Vgl. zu dieser Unterscheidung der "conglomerate merger"-Fälle FTC Commissioner Reilly, Conglomerate Mergers - An Argument for Action, 61 Nw. U. L. Rev. 522, 531 (1966 - 67) sowie Bock, Mergers and Markets, 1966, S. 141.

Anhand des Penn-Olin-Falls [405] soll schließlich noch kurz die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen nach Sec. 7 Clayton Act aufgezeigt werden.

1. United States v. El Paso Natural Gas Co. [406]: die sog. "market extension mergers"

a) Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die El Paso Natural Gas Co. war der einzige Erdgaslieferant, der Kalifornien mit von außerhalb dieses Staates herangeführtem Erdgas versorgte mit einem Marktanteil von insgesamt über 50 %. Die Pacific Northwest Pipeline Corp., eine andere große Erdgasgesellschaft, belieferte zu dieser Zeit weite Gebiete im Nordwesten des pazifischen Raumes. Sie verfügte darüberhinaus über riesige weitere Lieferkapazitäten aus Kanada und war daher sehr daran interessiert, auch mit Kalifornien ins Geschäfts zu kommen. Nach verschiedenen ergebnislosen Versuchen nahm sie 1956 Verhandlungen auf mit der Southern California Edison Co., dem größten industriellen Erdgasverbraucher in Süd-Kalifornien mit dem Resultat, daß Pacific El Paso, den bisherigen Lieferanten von Edison, künftig ablösen sollte. El Paso suchte diese Vereinbarung mit allen Mitteln zu hintertreiben, was ihr schließlich durch eine 25 %ige Preissenkung gegenüber Edison auch gelang. Noch während Pacific weitere Versuche unternahm, in den kalifornischen Markt einzudringen, kam sie 1957 schließlich mit El Paso überein, daß El Paso Pacific aufkaufen solle. [407]

Während das Distriktgericht fand, daß durch den Zusammenschluß der Wettbewerb nicht beeinträchtigt sei, da die Zusammenschlußparteien in verschiedenen geographischen Märkten tätig gewesen seien [408], hielt der Supreme Court diese Verbindung für verbotswidrig. Das Gericht [409] sah dabei die Gewinnung und den Transport und Vertrieb von Erdgas in Kalifornien als den relevanten Markt an. Obwohl Pacific nie selbst in diesen Markt gelangt sei, habe sie doch als möglicher neuer Lieferant einen ganz erheblichen Wettbewerbsfaktor auf diesem Markt dargestellt. Der Bedarf an Erdgas in Kalifornien sei zu jener Zeit rapide angestiegen, und Pacific sei willens und infolge seiner Kapazität auch in der Lage gewesen, bei der ersten sich bietenden Gelegenheit in den Markt einzudrin-

405) U.S. v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158 (1964).
406) Vgl. oben Anm. 401; vgl. ferner zu diesem Fall Markert, AWD 1964, 186 ff. und v. Tirpitz, AWD 1964, 387/88.
407) U.S. v. El Paso Natural Gas Co., a.a.O., S. 652 - 655.
408) Vgl. U.S. v. El Paso Natural Gas Co., 1962 Trade Cases, Par. 70 571.
409) Justice Douglas schrieb die "majority opinion" dieser 7 : 1 Entscheidung.

gen. Die einflußreiche Stellung von Pacific als möglicher neuer Wettbewerber auf dem kalifornischen Erdgasmarkt, die das Marktverhalten von El Paso wesentlich mitbestimmt habe, sei auch dadurch nicht in Frage gestellt worden, daß sie den Vertrag mit Edison an El Paso abgeben mußte. Die nicht erfolgreichen Bewerber um ein Geschäft seien nicht weniger Wettbewerber als die erfolgreichen; gerade hierin manifestiere sich der Wettbewerb. Außerdem habe Pacific seine Bemühungen danach, wie die Tatsachenfeststellung zeige, keinesfalls eingestellt. Durch den Ausschluß solchen potentiellen Wettbewerbs könne aber ein Zusammenschluß ebenso gegen Sec. 7 Clayton Act verstoßen wie durch Ausschluß von aktuellem Wettbewerb [410]:

> "The effect on competition in a particular market through acquisition of another company is determined by the nature or extent of that market and by the nearness of the absorbed company to it, that company's eagerness to enter that market, its resourcefulness, and so on." [411]

b) Dies ist nicht der erste Zusammenschlußfall, in dem das Problem der potentiellen Konkurrenz erörtert wird [412], aber es ist das erstemal, daß eine Entscheidung ganz auf dieses Konzept gestützt wird. Wie Rahl hervorhebt [413], ist insoweit zu unterscheiden zwischen

(1) potentiellem Wettbewerb in der überkommenen Bedeutung als einem unter anderen Kriterien bei der Beurteilung der Leichtigkeit des Zugangs zum Markt und

(2) potentiellem Wettbewerb in der hier relevanten Bedeutung als einem positiven, bereits unmittelbar auf das Marktgeschehen einwirkenden Wettbewerbsfaktor in der Form des jederzeit drohenden Eintritts eines oder mehrerer genau identifizierbarer Unternehmen in den Markt.

In der ersten Bedeutung dient die Tatsache des Bestehens potentiellen Wettbewerbs nur dazu, das Bild von der Struktur des Marktes, in dem die Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Hinblick auf den aktuellen Wettbewerb zu beurteilen sind,

---

410) A.a.O., S. 657 - 662.

411) A.a.O., S. 658.

412) Von 28 Zusammenschlußfällen, die zwischen 1950 und 1958 angestrengt wurden, wird in 23 davon die Beeinträchtigung potentiellen Wettbewerbs geltend gemacht, vgl. Markham, Merger Policy Under New Section 7: A Six-year Appraisal, 43 Va. L. Rev. 489, 519 (1957).

413) Applicability of the Clayton Act to Potential Competition, 12 ABA Antitrust Section 128, 132 - 33 (1958).

abzurunden. [414] In der zweiten, im vorliegenden Fall relevanten Bedeutung dagegen ist "potentieller Wettbewerb" gleichzusetzen mit dem Wort "competition" in Sec. 7, d.h. der Wettbewerb i.S. des Gesetzes ist schon beeinträchtigt, wenn allein der potentielle Wettbewerb teilweise ausgeschaltet ist. [415] Bei dieser zentralen Bedeutung werden dann aber auch höhere Anforderungen an den Nachweis des Vorliegens potentiellen Wettbewerbs zu stellen sein:

> "... it should be a necessary part of the burden of proof to show that the potential element about which complaint is made possessed positive substantial competitive force of such degree as to rank with actual competition, and further that this positive force was great enough in and of itself to qualify for statutory protection." [416]

Dieses Konzept von der Erhaltung des potentiellen Wettbewerbs ist von der in der Wettbewerbstheorie entwickelten und durch empirische Untersuchungen abgesicherten Einsicht geleitet, daß in konzentrierten Märkten, wie hier z.B. im El Paso-Fall, oft nur noch der Umstand des drohenden Eintritts neuer Unternehmen in den Markt die wenigen verbliebenen Unternehmen auf dem Markt von oligopolistischem Parallelverhalten abhalten kann. [417] Jeder Zusammenschluß eines führenden Unternehmens in einem konzentrierten Markt mit einem solchen potentiellen Wettbewerber droht daher, insbesondere dann, wenn nur wenige Unternehmen solcher Art in Betracht kommen, mit Sec. 7 Clayton Act in Konflikt zu geraten. [418]

---

414) Vgl. dazu O'Brien, Potential Competition Under Sherman Act Cases, 12 ABA Antitrust Section 105, 112 - 121 (1958).

415) Vgl. zum Konzept der "potential competition" außer Rahl, a.a.O., insbesondere Turner, a.a.O., S. 1362 - 86; Hale & Hale, Potential Competition Under Section 7: The Supreme Court's Crystal Ball, 1964 Supreme Court Rev. 171 sowie Brodley, a.a.O., S. 354 - 361.

416) Rahl, a.a.O., S. 133.

417) Vgl. dazu grundlegend Bain, Barriers to New Competition, 1956, S. 2 - 4, 19, 203 - 204 und Turner, a.a.O., S. 1362 - 63.

418) Vgl. dazu ferner In the matter of Beatrice Foods Co., 1965 Trade Cases, transferbinder, Par. 17, 244 sowie Mueller, Merger Policy in the Dairy Industry, 12 Antitrust Bull. 73, 90 - 95 (1967).
Vgl. dazu außerdem die in den "merger guidelines" des Justizministeriums aufgestellten Kriterien für wahrscheinlich verbotswidrige "market extension mergers", wonach u.a. Zusammenschlüsse suspekt erscheinen, die zwischen einem potentiellen "Eindringling" in den Markt und (1) einem Unternehmen mit mindestens 25 % Anteil auf diesem Markt, oder (2) einem der beiden größten Unternehmen auf diesem Markt, wenn diese zusammen

c) Eine weitere Gefahr, die von großen Unternehmen ausgeht, deren Verteilernetz sich über viele kleinere lokale Einzelmärkte erstreckt, und die durch sog. "market extension mergers" weiter erhöht wird, spricht der erst kürzlich von der Federal Trade Commission entschiedene National Tea-Fall an. [419] Die National Tea Co., die 1958 selbst die fünftgrößte Lebensmitteleinzelhandelskette in den Vereinigten Staaten unterhielt mit über 900 Geschäften in 500 Städten und einem Gesamtumsatz von etwa 794 Mill. Dollar, erwarb zwischen 1951-1958 26 gleichartige Unternehmen mit zusammen 485 Geschäften in 188 Städten und einem Umsatz von insgesamt 251 Mill. Dollar. Obwohl alle diese durch die einzelnen Zusammenschlüsse betroffenen Märkte keine übermäßige Konzentration aufwiesen, hielt die Federal Trade Commission dennoch 24 dieser Zusammenschlüsse für verbotswidrig. Dabei maß sie, wohl in Anlehnung an Edwards, [420] insbesondere vier Faktoren besondere Bedeutung bei:

(1) Die absolute Größe des konglomeraten Unternehmens im Vergleich zu den "lokalen Wettbewerbern",

(2) die große Zahl der lokalen Märkte, auf denen es gleichzeitig operiert;

(3) die Marktposition, die es auf den verschiedenen Märkten einnimmt und die Gewinne, die es dabei erzielt; und

(4) das Ausmaß, in dem es auf den verschiedenen lokalen Märkten auf andere ähnlich große Unternehmen trifft.

Aus einer solchen Bedingungskonstellation könne National Tea in zweifacher Hinsicht in wettbewerbswidriger Weise finanziellen Nutzen ziehen. Sie könne einmal auf den Märkten die Preise anheben, auf denen sie bereits über eine entsprechende Marktmacht verfügt. Zum anderen könne sie aufgrund der großen Nachfragemacht, die sie insgesamt innehabe, von ihren Lieferanten Preiskonzessionen erzwingen. Mit den dadurch erzielten Überschüssen könne National Tea weiter expandieren bzw. sich auf wettbewerbsintensiven Märkten rigoros durch Preisunterbietungen durchsetzen. Diese Taktik könne National Tea solange weiterverfolgen, bis sie

---

Fortsetzung der Fußn. 418) von S. 125:
50 % erreichen, oder (3) einem der vier größten Unternehmen, wenn die acht größten Unternehmen 75 % erreichen und das am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen mindestens einen Marktanteil von 10 % hat, erfolgen (a.a.O., S. 21 - 23 Nr. 18 mit weiteren Einzelheiten).

419) In the matter of National Tea Co., 1965 - 67 Trade Cases, transfer binder, Par. 17, 463 (1966).

420) Conglomerate Bigness as a Source of Power, a.a.O.

auf den restlichen Märkten ebenfalls eine dominierende Position erreicht habe. Dieser Entwicklung sei Einhalt zu gebieten. 421)

Diese sog. "deep pocket-theory" 422) sowie die drohende Gefahr der Ausschaltung potentiellen Wettbewerbs spielen ebenfalls eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung der nun zu untersuchenden "product extension"-Fälle.

2. Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co. 423): die sog. "product extension mergers"

a) Dieser Fall, der zehn Jahre lang die Gerichte beschäftigte, hat wesentlich zur Konkretisierung des Rechts der konglomeraten Zusammenschlüsse beigetragen. Anlaß dafür war der Erwerb der Clorox Chemical Co. durch die Proctor & Gamble Co. im Jahre 1957.

Clorox war der führende Hersteller von flüssigen Bleichmitteln für Haushaltszwecke in den Vereinigten Staaten mit einem Marktanteil von fast 50 %. Zusam-

---

421) Vgl. dazu insbesondere auch Dixon, Merger Policy and the Prevention of the Competitive System, 30 ABA Antitrust Section 86, 96 - 98 (1966), der die "majority opinion" im National Tea-Fall geschrieben hat; kritisch gegenüber dieser Argumentation Turner, a.a.O., S. 1323 - 52. Vgl. ferner dazu die im Anschluß an die National Tea-Entscheidung von der FTC herausgegebenen "merger guidelines" für den Lebensmittelhandel (Federal Trade Commission, Enforcement Policy with Respect to Mergers in the Food Distribution Industries, a.a.O.), wonach schon Zusammenschlüsse zwischen Lebensmittelhandelsunternehmen, die zusammen jährlich mehr als 500 Mill. Dollar umsetzen (National Tea setzte allein 794 Mill. Dollar um), verbotswidrig erscheinen.

422) Vgl. dazu auch In the matter of Foremost Dairies, Inc., 1962 Trade Cases, transfer binder, Par. 15, 877.

423) 386 U.S. 568 (1967); vgl. dazu Comment, Product Extension Merger in Violation of Section 7 of the Clayton Act, 21 Vand. L. Rev. 146 (1967); Sichel, The Procter & Gamble-Clorox Decision and the Economics of Conglomerate Mergers, 12 Antitrust Bull. 1081 (1967); Harms, Conglomerate mergers im Antitrustrecht, WuW 1966, 865 ff. und Markert, Neue amerikanische Urteile zur Zulässigkeit konglomerater Zusammenschlüsse, AWD 1966, 425 und AWD 1967, 461. Weitere Beispiele für "product extension mergers" sind: Reynolds Metals Co. v. FTC, 309 F. 2d 223 (D. C. Cir. 1962); Ekco Products Co. v. FTC, 347 F. 2d 745 (7th Cir. 1965).

men mit Purex, dem zweitgrößten Hersteller, hatte es 1957 einen Anteil von 65 % auf diesem Markt; die sechs größten Unternehmen belieferten insgesamt 80 % des Marktes; in die restlichen 20 % teilten sich 200 kleinere Produzenten. Auf diesem hochkonzentrierten Markt spielte Clorox unangefochten die Rolle des Preisführers. Da Bleichmittel im übrigen hohe Transportkosten verursachen, ist es nicht rentabel, dieses Produkt über eine größere Distanz hinweg zu verschicken. Das bedeutet, daß ein Hersteller, um wettbewerbsfähig zu bleiben, ein ganzes Netz von einzelnen Herstellbetrieben errichten muß. Auch insoweit war Clorox der einzige Hersteller, der über ein solches, sich über den gesamten nationalen Markt erstreckendes Netz verfügte. Der Marktanteil von Clorox auf diesen lokalen Märkten schwankte zwischen 39 % und 72 %. Schließlich spielt die Werbung in der Bleichmittelindustrie eine ganz entscheidende Rolle. Clorox gab für sein gleichnamiges Markenprodukt 1957 3,7 Mill. Dollar für Werbung und 1,7 Mill. Dollar für sonstige Absatzförderung (sales promotion) aus; das entsprach etwa 12 % seines gesamten Umsatzvolumens. Es hatte dabei den Vorteil, auf nationaler Ebene werben zu können, was billiger und zugleich wirkungsvoller war.

Procter ist eine der 50 größten Herstellerfirmen in den Vereinigten Staaten (Umsatz 1957 1,1 Milliarden Dollar) mit einem breit angelegten Produktionsprogramm. Es ist u.a. ein führender Hersteller von Seife und Waschmittel. 1957 hatte es auf dem Waschmittelsektor einen Marktanteil von 54 %; zusammen mit den beiden nächstgrößten Unternehmen dieser Branche unterhielt es sogar einen Anteil von 80 %. Mit einem Werbeetat von 80 Mill. Dollar und weiteren Ausgaben von 47 Mill. Dollar für sonstige Absatzförderung erreichte Procter das höchste auf ein Einzelunternehmen entfallende Werbevolumen des Jahres 1957. Im Zuge einer weiteren Diversifizierung des Produktionsprogramms war Procter daran interessiert, auch in den Bleichmittelmarkt zu gelangen. Dies bot sich umsomehr an, als Bleichmittel eine natürliche Ergänzung des Waschmittelprogramms von Procter darstellen und mit diesen sowohl den Absatzweg (über den Lebensmitteleinzelhandel und die Supermärkte) als auch die Absatzweise (durch Massenwerbung und sales promotion) gemein haben. Um möglichst billig und erfolgreich auf dem Bleichmittelmarkt Fuß zu fassen, empfahl eine diesbezügliche Studie von Procter den Aufkauf von Clorox. Einige Monate später war dieser Kauf perfekt. [424]

b) Während nun die Federal Trade Commission diesen Zusammenschluß in einer aufsehenerregenden Entscheidung für verbotswidrig hielt [425], kam der

424) A.a.O., S. 571 - 74.

425) In the matter of Procter & Gamble Co., 1963 Trade Cases, transfer binder, Par. 16, 673.

Court of Appeals zu dem Ergebnis, daß Sec. 7 Clayton Act nicht verletzt sei. [426])

aa) Die Kommission stützte ihre Entscheidung dabei auf fünf Punkte, wobei sie den Bleichmittelmarkt der Vereinigten Staaten als den sachlich und geographisch relevanten Markt ansah:

(1) Die übermäßige Konzentration auf dem Bleichmittelmarkt z. Zt. des Zusammenschlusses und die führende Position, die Clorox dabei einnehme.

Angesichts eines so strukturierten Marktes - die dem Sachverhalt zu entnehmenden Marktdaten sprächen insoweit für sich - gerate jede weitere Verengung der Marktstruktur in den Verbotsbereich von Sec. 7. Dabei sei folgendes zu beachten: Anders als bei horizontalen Zusammenschlüssen werde im Falle konglomerater Verbindungen die Marktstuktur nicht durch eine weitere Konzentration der Unternehmen auf dem relevanten Markt verändert; entscheidend in Fällen dieser Art sei vielmehr der Einfluß, den der Zusammenschluß auf die andere Determinante der Marktstruktur habe, auf den Zugang zum Markt. [427]) Daß der Zugang zum

---

426) Procter & Gamble Co. v. FTC, 358 F. 2d 74 (6th Cir. 1966).

427) Auf die Bedeutung dieser Marktstrukturdeterminante hat insbesondere Bain in seiner grundlegenden Studie "Barriers to New Competition", 1956, hingewiesen. Bain sieht die Zugangsverhältnisse zum Markt als eine zentrale Größe einer Wettbewerbspolitik an, die sich nicht nur den Schutz des aktuellen, sondern auch den des potentiellen Wettbewerbs zum Ziele gesetzt hat. Daß letzterer eine wichtige Funktion erfüllt, indem er insbesondere in oligopolistischen Märkten entscheidend, mehr vielleicht noch als eine Dekonzentrationspolitik, zur Aufrechterhaltung eines Wettbewerbsverhaltens der etablierten Unternehmen auf dem Markt beiträgt, versucht Bain aufgrund empirischer Untersuchungen auf 20 verschiedenen Märkten der Vereinigten Staaten im einzelnen nachzuweisen (vgl. dazu insbesondere a.a.O., S. 167 - 204). Den Begriff "condition of entry" definiert er mit "... the circumstances in which the potentiallity of competition from new firms will or will not become actual" (a.a.O., S. 3). Den Grad der Zugangsschwierigkeiten zu einem bestimmten Markt bemißt Bain dabei am Ausmaß des Preisvorteils, den die auf dem Markt etablierten gegenüber den möglicherweise neu in den Markt eintretenden Unternehmen haben, und der in der Spanne zum Ausdruck kommt, um die die etablierten Unternehmen ihre Preise über dem sich unter normalen Wettbewerbsbedingungen einstellenden Preisniveau ansetzen können ohne die eintrittsfähigen bzw. -willigen Unternehmen zum Eintritt zu veranlassen (a.a.O., S. 2 - 4).
Bain unterscheidet 3 Kategorien solcher Marktschranken:

Markt durch den vorliegenden Zusammenschluß in erheblichem Umfange erschwert werde und damit Sec. 7 verletzt sei, ergebe sich aus den nachfolgenden Punkten.

(2) Das Übergewicht von Procter in Größe und wirtschaftlicher Stärke im Vergleich zu den größten Unternehmen in der Bleichmittelindustrie

Dieses Mißverhältnis werde insbesondere in den Dimensionen des Werbehaushalts von Proctor offenbar, der 1957 25mal größer gewesen sei als der von Clorox

---

Fortsetzung der Fußn. 427) von S. 129:

(1) Absolute Kostenvorteile der auf dem Markt etablierten Unternehmen, die darin bestehen können, daß diese einen günstigeren Zugang zu den Produktionsmitteln haben (z.B. durch vertikale Integration), daß die Produktionsmittel nur in beschränktem Umfang verfügbar sind oder daß die etablierten Firmen über bessere Produktionsmethoden (geschützt durch Patente oder Geschäftsgeheimnis) und über günstigere Bankverbindungen verfügen (absolute cost advantages).

(2) Vorteile, die sich aus der Produktdifferenzierung ergeben, wie Marken- oder Firmenpräferenzen auf dem Markt eingeführter Artikel, bessere Produktgestaltung geschützt durch Gebrauchs- oder Geschmacksmuster oder Kontrolle über durch den Verbraucher bevorzugte Absatzeinrichtungen (product differentiation advantages).

(3) Rationalisierungsvorteile auf dem Markt etablierter Unternehmen, die sich bei bestimmten Wirtschaftsgütern erst auf der Basis sehr großer Produktions- und Verteilerkapazitäten erzielen lassen (Fälle sehr hoher optimaler Betriebs- und Unternehmensgrößen) und die zu erreichen für neu in den Markt eintretende Unternehmen auf Anhieb nicht möglich ist. Diese Rationalisierungsvorteile betreffen neben den Produktions- und Verteilerkosten auch die der Kreditbeschaffung und Werbung (significant economies of the large-scale firm).

Unter diesen drei Marktschranken sieht Bain die erste und insbesondere die zweite als die wettbewerbsrechtlich bedenklichsten an, da sie oft künstlich errichtet bzw. aufrecht erhalten werden. Diese Schranken nach Möglichkeit abzubauen bzw. ihre Entstehung zu verhindern, hält Bain für eine wichtige Aufgabe der Antitrustpolitik. Die dritte Schranke erscheint ihm demgegenüber weniger einschneidend, zumal sie in der Regel auf durchaus wünschenswerter höherer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der betreffenden Unternehmen beruht. Soweit die Rationalisierungserfolge jedoch rein finanzieller Art sind (strictly pecuniary advantages of size), hält er allerdings auch hier einen gesetzlichen Eingriff für angebracht und gerechtfertigt (a.a.O., S. 11 - 19 und 206 - 218).

und der noch den Jahresumsatz von Clorox und Purex überstiegen habe. Dadurch erhalte Procter von den einzelnen Werbemedien Mengenrabatte bis zu 30 %, was bei einem so werbeintensiven Produkt wie Bleichmittel von ganz besonderer Bedeutung sei. Die mit diesem Werbepotential verbundene Machtstellung könne Procter, wenn notwendig, jedem Mitwettbewerber auf dem Bleichmittelmarkt und vor allem jedem potentiellen "newcomer" auf diesem Markt gegenüber ausspielen. Insbesondere durch die letztere Möglichkeit werde der Aufwand, der notwendig sei, um in den Bleichmittelmarkt zu gelangen, um ein Vielfaches größer und die Marktschranken damit um ein Vielfaches höher.

(3) Die Stellung von Procter auf anderen Märkten

Procter sei, das zeige die Tatsachenfeststellung, schon sehr erfolgreich und gewinnbringend auf zahlreichen anderen Märkten tätig. Die Tatsache, daß sie allein für den goodwill, den Clorox auf dem Bleichmittelmarkt genieße, 17,7 Mill. Dollar zu zahlen in der Lage war, zeige, daß sie über ganz beträchtliche Finanzreserven verfüge, die sie im Bedarfsfalle erneut auf diesem Markt einsetzen könne. Auch insoweit seien die Voraussetzungen für den gegenwärtigen Wettbewerb sowie für den Markteintritt dritter Unternehmen weiter erschwert worden.

(4) Die Ausschaltung von Procter als potentiellen Wettbewerber von Clorox durch den Zusammenschluß

Procters seither angewandte Ausdehnungsmethoden, ihre finanziellen Mittel, ihre Erfahrungen auf diesem Gebiet und ihre ganze Geschäftspolitik habe sie als den geeignetsten und wahrscheinlichsten "newcomer" erscheinen lassen. Gerade in stark oligopolistischen Märkten wie hier sei aber der potentielle Wettbewerb oft das einzige Regulativ, durch das der Mißbrauch von Marktmacht in gewissen Schranken gehalten werde. Mit Eintritt von Procter in die Position von Clorox sei dieser entscheidende Wettbewerbsfaktor weggefallen. Da ein anderer "newcomer" nicht mit der gleichen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, hätten sich, aus der Sicht der im Markt befindlichen Wettbewerber, auch insoweit die Marktschranken weiter erhöht.

(5) Die besondere Natur der durch den Zusammenschluß erreichten Leistungssteigerung (economies)

Die Aktivität auf dem Bleichmittelmarkt habe sich in sehr ungesunder Weise von einem Preiswettbewerb auf einen Markenwettbewerb verschoben, was nicht dem Konsumenten, sondern allein dem Verkäufer zugute komme. Dieser Entwicklung würde das durch die Verbindung Procter-Clorox eröffnete Werbepotential nur noch weiteren Vorschub leisten. Diese Art "economies" erhöhten nicht den Wettbewerb, den der Gesetzgeber im Auge gehabt habe, sondern sie mach-

ten ihn weiter unmöglich; sie seien Kostenvorteile ohne eigentlichen volkswirtschaftlichen Nutzen. [428]

bb) Dem gegenüber war der Court of Appeals der Auffassung, daß ein Zusammenschluß, der zwischen Unternehmen aus verschiedenen Märkten erfolge, keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben könne; daß insbesondere Procter nicht als potentieller Wettbewerber angesehen werden könne, da nicht erwiesen sei, daß Procter jemals allein den Bleichmittelmarkt habe betreten wollen; und daß schließlich das Verhalten von Procter nach dem Zusammenschluß keinerlei Anzeichen für wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen des Zusammenschlusses gezeigt habe. [429]

c) Der Supreme Court hob das Urteil des Court of Appeals in einer einmütig gefaßten Entscheidung auf und gab in vollem Umfang der Auffassung der Kommission statt. [430] Dabei reduzierte das Gericht die von der Kommission gegebene Begründung auf zwei Punkte:

(1) Der Austausch eines kleineren, aber bereits marktbeherrschenden Unternehmens durch ein finanzstarkes Großunternehmen lasse mit Wahrscheinlichkeit eine erhebliche Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse dieses Marktes erwarten, die darin bestehe, daß die Marktschranken erhöht und die kleineren Unternehmen auf dem Markt davon abgehalten würden, aggressiven Wettbewerb zu leisten. Mögliche Rationalisierungserfolge, die durch den Zusammenschluß erreicht würden, seien demgegenüber, im Gegensatz zur Meinung der Kommission, generell kein Rechtfertigungsgrund. Der Gesetzgeber habe sich für die Erhaltung des Wettbewerbs entschieden, selbst wenn dies im Einzelfall einmal auf Kosten der Leistungssteigerung eines Unternehmens gehe.

(2) Durch den Zusammenschluß sei der potentielle Wettbewerb des erwerbenden Unternehmens ausgeschaltet worden.

Für die Frage, ob Procter ein solcher potentieller Wettbewerber gewesen sei, komme es dabei entgegen der Meinung des Untergerichts nicht auf subjektive Kriterien an, sondern allein darauf, ob Procter objektiv die Voraussetzungen dafür erfüllt habe. Dies sei durch die Kommission überzeugend dargelegt worden. [431]

---

428) In the matter of Procter & Gamble Co., a.a.O., S. 21, 580 - 21, 586.

429) Procter & Gamble Co. v. FTC, a.a.O., S. 82 - 84.

430) FTC v. Procter & Gamble Co., a.a.O., Justice Douglas schrieb das Mehrheitsvotum; Justice Harlan verfaßte eine "concurring opinion", vgl. unten S. 133 f.

431) A.a.O., S. 578 - 80.

d) In einer vielbeachteten "concurring opinion" kritisierte Justice Harlan die sehr summarische Betrachtungsweise des Gerichts. [432] Er beanstandete insbesondere, daß das Gericht nicht den Einwand der verklagten Unternehmen zulasse, daß das Marktverhalten der Unternehmen auf dem Bleichmittelmarkt trotz der hohen Konzentration nicht "oligopolistisch interdependent" sei, und daß es außerdem eine durch den Zusammenschluß möglicherweise erreichte Leistungssteigerung nicht als Rechtfertigungsgrund anerkenne.

Im übrigen anerkannte er die von der Kommission zur Begründung der Verbotswidrigkeit aufgeführten ersten drei Punkte; die Frage der Ausschaltung des potentiellen Wettbewerbs erschien ihm zu spekulativ, die Beurteilung der Werbetätigkeit insgesamt als ein nicht wettbewerbliches Verhalten i. S. des Clayton Act sah er in dieser Form als zu pauschal und zu vereinfachend an. Von allgemeinem Interesse ist seine Feststellung, daß auch für die Beurteilung der Auswirkungen konglomerater Zusammenschlüsse nur Änderungen in der Marktstruktur, nicht Beweise zum Marktverhalten relevant sein könnten. Nur so könnten Regeln herausgearbeitet werden, die den zuständigen Instanzen die Möglichkeit geben, solche Zusammenschlüsse richtig zu beurteilen, und die es der Geschäftswelt erlauben, ihre Geschäftspolitik mit einem angemessenen Grad von Sicherheit zu planen. Demgegenüber stehe der Wert von Beweisen zum Marktverhalten nach dem Zusammenschluß (post acquisition evidence) in keinem Verhältnis zu den Schwierigkeiten, die die Ermittlung derselben mitsichbringe. [433]

Zusammenfassend nannte Harlan vier Richtlinien für die Beurteilung sog. "product extension mergers":

(1) Die Entscheidung kann auf einer Analyse der Marktstruktur basieren, ohne daß auf Beweise über wettbewerbswidriges Verhalten nach dem Zusammenschluß zurückgegriffen werden muß.

(2) Die Basis für eine erfolgreiche Analyse ist der Ablauf des Marktgeschehens vor dem Zusammenschluß. Dabei darf die zuständige Behörde davon ausgehen, daß das Marktgeschehen allgemein akzeptierten Prinzipien der ökonomischen Theorie folgt. [434] Diese Vermutung muß jedoch widerlegbar bleiben durch den Nachweis eines tatsächlich anderen Geschehensablaufes.

---

432) Vgl. dazu die deutsche Übersetzung in WuW 1968, S. 440 ff.

433) A.a.O., S. 583 - 604. Zur Problematik der sog. "post acquisition evidence" vgl. Note, Antitrust-Post Acquisition Evidence and Conglomerate Mergers, 46 N. C. L. Rev. 366 (1968).

434) Vgl. dazu die "Oligopoltheorie" oben Anm. 312.

(3) Ein prima facie-Beweis für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Sec. 7 ist gegeben, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit dargetan ist, daß die Marktstruktur in einer Weise verändert ist, die die Ausübung wesentlich größerer Marktmacht gestattet.

(4) Wird die Anwendbarkeit von § 7 mit der Wahrscheinlichkeit gesteigerter Marktmacht begründet, dann bleibt den sich zusammenschließenden Unternehmen der Beweis offen, daß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Rationalisierungswirkungen eintreten, die die nachteiligen Wirkungen wieder aufwiegen. [435]

---

435) A.a.O., S. 598 f. Vgl. dazu wiederum die "merger guidelines" des Justizministeriums: Soweit durch die "product extension"-Fälle der potentielle Wettbewerb berührt ist, vgl. dazu die schon im Zusammenhang mit den "market extension"-Fällen zitierte Richtlinie Nr. 18 (a.a.O., S. 21 - 23 und oben Anm. 418). Im übrigen ist insoweit die Richtlinie Nr. 20 (a.a.O., S. 25 f.) von Bedeutung. Diese Richtlinie fügt den schon bekannten Kriterien für die Wettbewerbswidrigkeit eines "product extension"-Zusammenschlusses, wie Disparität der Größe und erweiterte Möglichkeit der Produktdifferenzierung durch größeres Werbepotential, einen weiteren Gesichtspunkt hinzu: Den wettbewerbsbeschränkenden Effekt, der darin besteht, daß ein Unternehmen, das seither das Warensortiment des großen diversifizierten Zusammenschlußpartners bezogen hat, aus Furcht vor irgendwelchen Sanktionen des großen Unternehmens nun auch das Produkt des anderen Zusammenschlußpartners bezieht und umgekehrt (a.a.O., S. 25).
Die Federal Trade Commission hat, ihrer seitherigen Praxis folgend, immer nur Verfolgungsgrundsätze für einzelne Branchen aufzustellen, bisher insoweit nur zur Situation in der Haushaltswarenindustrie Stellung genommen, vgl. Federal Trade Commission, Enforcement Policy with Respect to Product Extension Mergers in Grocery Products Manufacturing, May 15, 1968, CCH - Trade Regulation Reporter, § 4530 (May 1968). Danach erscheinen "product extension mergers" in dieser Branche suspekt, wenn (1) die beiden am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen Haushaltswaren herstellen, (2) der Wert des Betriebsvermögens des aus dem Zusammenschluß hervorgehenden Unternehmens mehr als 250 Mill. Dollar erreicht, (3) das erwerbende Unternehmen eine intensive Werbung betreibt, eine Reihe sehr werbeintensiver Produkte herstellt und verkauft und bzgl. einzelner dieser Produkte eine starke Marktposition hält (d.h. einer der vier Spitzenproduzenten ist, wobei diese mindestens 40 % des Marktes auf sich vereinigen) und (4) das erworbene Unternehmen entweder zu den acht Spitzenherstellern eines wichtigen Haushaltsartikels gehört bzw. mehr als 5 % eines solchen Marktes beliefert (a.a.O., S. 13 f.).

e) Die Tatsache, daß Harlan in seinem Votum dem Ausschluß potentiellen Wettbewerbs, der von Procter ausgegangen war, keine Bedeutung beimaß, gibt zu der Frage Anlaß, ob dann auch sog. "pure conglomerates" [436] unter die von ihm aufgestellten Verbotskriterien fallen, Zusammenschlüsse also, die im Gegensatz zu dem hier behandelten "product extension mergers" zwischen Unternehmen erfolgen, deren Märkte in keinerlei Zusammenhang mehr stehen, deren Größenverhältnisse aber denen im Procter & Gamble-Fall entsprechen. Diese Annahme findet eine gewisse Bestätigung in einer neueren Entscheidung der Federal Trade Commission, dem General Foods-Fall. [437] Ähnlich wie im Procter & Gamble-Fall ging es hierbei um den Zusammenschluß des größten Herstellers von verpackten Lebensmitteln in den Vereinigten Staaten mit einem größenordnungsmäßig sehr viel kleineren Unternehmen, das Stahlwolle für Reinigungszwecke herstellte und das auf diesem Markt einen Marktanteil von 51 %, zusammen mit dem zweitgrößten Hersteller sogar einen Anteil von 98,6 % auf sich vereinigte. Obwohl die Märkte der beiden Unternehmen nicht diese enge Beziehung wie im Procter & Gamble-Fall aufwiesen und daher das größere Unternehmen nicht als potentieller Wettbewerber auf dem Markt des kleineren in Frage kam, entschied die Kommission dennoch auf der Basis von Procter & Gamble, daß dieser Zusammenschluß gegen Sec. 7 verstoße. [438]

3. Federal Trade Commission v. Consolidated Foods Co.: [439] die sog. "reciprocity"-Fälle

a) Während die beiden zuvor dargestellten Formen konglomerater Zusam-

---

436) Vgl. dazu oben S. 121.

437) In the matter of General Foods Corp., 1965 - 67 Trade Cases, transfer binder, Par. 17, 465 (1966); aff' d General Foods Corp. v. FTC, 1967 Trade Cases, Par. 72, 268 S. 73, 661 (3d Cir. 1967).

438) Vgl. zu diesem ganzen Fragenkomplex Comment, Product Extension Merger in Violation of Section 7 of the Clayton Act, 21 Vand. L. Rev. 146, 153 (1967) einerseits und Commissioner Elman in seiner "dissenting opinion" im General Foods-Fall andererseits, der diese Ausdehnung nicht für gerechtfertigt hält.

439) 380 U.S. 592 (1965). Vgl. dazu Edwards, Conglomerate Bigness a. a. O., S. 342 - 45; Stocking and Mueller, Business Reciprocity and the Size of Firms, 30 J. Bus. 73 (1957); Hausman, Reciprocal Dealing and the Antitrust Laws, 77 Harv. L. Rev. 873 (1964); Hale & Hale, Reciprocity Under the Antitrust Laws: A Comment, 113 U. Pa. L. Rev. 69 (1964); Turner,

menschlüsse jeweils horizontale Züge zeigten, ist die nun folgende Kategorie im wesentlichen vertikal geprägt. Dies macht der dem Consolidated Foods-Fall zugrundeliegende Sachverhalt deutlich.

Gegenstand der Entscheidung war der 1951 vollzogene Zusammenschluß zwischen der Consolidated Foods Co. und Gentry, Inc. Consolidated war ein bedeutender Lebensmittelgroß- und -einzelhändler, dessen Verkaufsnetz sich über die ganzen Vereinigten Staaten erstreckte; Gentry war ein Hersteller von Trockenzwiebeln und Trockenknoblauch auf einem hochkonzentrierten Markt. Gentry selbst belieferte 32 % des Marktes; der gemeinsame Marktanteil zusammen mit dem größten Hersteller belief sich auf nahezu 90 %; in den Rest des Marktes teilten sich zwei kleinere Unternehmen. Beide Zusammenschlußpartner standen weder in Wettbewerb miteinander, noch hatten sie direkte vertikale Verbindungen. Gentry lieferte jedoch ihre Erzeugnisse an Konservenhersteller, die wiederum ihre Produkte an Consolidated verkauften. 440)

b) In dieser Wechselbeziehung sah die Federal Trade Commission sowie der Supreme Court den wettbewerbsbeschränkenden Effekt des Zusammenschlusses begründet. Aufgrund ihrer Nachfragemacht, so führte Justice Douglas unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Kommission für das Gericht aus 441), könne Consolidated die sie beliefernden Konservenhersteller veranlassen, ihren Bedarf an Trockenzwiebeln und -knoblauch durch Einkäufe bei Gentry zu decken. Dadurch werde Gentry ungerechtfertigterweise begünstigt und ein Teil dieses Marktes dem Wettbewerb entzogen. Dem sei in aller Entschiedenheit entgegenzutreten:

> "... the "reciprocity" made possible by such an acquisition is one of the congeries for anticompetitive practices at which the antitrust laws are aimed." 442)

Fortsetzung der Fußn. 439) von S. 135:

Conglomerate Mergers, a.a.O., S. 1386 bis 1393; Singer, Antitrust Economics, a.a.O., S. 220 - 223 sowie Markert, Konzentrationsverbot des § 7 Clayton Act auch auf "diagonale" Zusammenschlüsse anwendbar, AWD 1965, 251 und v. Tirpitz AWD 1965, 396.

440) A.a.O., S. 595 f.

441) Auch diese Entscheidung erging im Ergebnis einmütig; für eine im einzelnen geringfügig abweichende Begründung vgl. die "concurring opinion" der Justices Harlan und Stewart.

442) A.a.O., S. 594; vgl. dazu auch Turner, a.a.O., S. 1387 f. und Hausman, a.a.O., S. 879 f.

Solche Geschäftspraktiken brauchten nicht mit offenem Zwang einhergehen. Dafür gebe es feinere Methoden, wie Zurücknahme der Kauforder, wenn keine entsprechenden Gegenkäufe getätigt werden, oder Abhängigmachen neuer Lieferaufträge vom Eingang solcher Gegenbestellungen. Dabei komme es nicht darauf an, daß Consolidated diesbezüglich bereits ein voller Erfolg beschieden sei. Entscheidend ist, daß der Zusammenschluß die strukturellen Voraussetzungen dafür geschaffen und Consolidated eine entsprechende Beeinflussung ihrer Zulieferer versucht habe.

Diese Erfordernisse seien erfüllt. Consolidated kaufe in erheblichem Umfang Lebensmittelkonserven, verfüge also über eine ausreichende Nachfragemacht. Die Konservenhersteller wiederum verarbeiteten einen nicht unwesentlichen Teil des auf den Markt gelangenden Kontingents an Trockenzwiebeln und -knoblauch. [443] Dadurch sei Consolidated in der Tat die Möglichkeit eröffnet, zugunsten von Gentry, das selbst einen bedeutenden Anteil an diesem Markt behaupte, einen erheblichen Teil (substantial share) dieser Erzeugnisse dem Wettbewerb zu entziehen, was umso schwerer wiege, als der betroffene Markt ohnehin schon nahezu Monopolcharakter habe. Durch die Verknüpfung von Consolidated und Gentry bestehe die Gefahr, daß das Zwei-Firmen-Oligopol auf dem Trockenzwiebel- und -knoblauchmarkt weiter ausgebaut und gefestigt wird und dritte Unternehmen, die nicht über solche Verbindungen verfügten, vom Eintritt in diesen Markt abgehalten werden. Auch habe Consolidated diese Einflußmöglichkeit zu nutzen nicht unversucht gelassen. Der Erfolg davon sei gewesen, daß Gentry, obwohl ihre Erzeugnisse qualitativ schlechter gewesen seien als die ihres Hauptrivalen, ihren Anteil am Trockenzwiebelmarkt zwischen 1950 und 1958 um 7 % verbessern und ihren Verlust auf dem Trockenknoblauchsektor auf 12 % beschränken konnte. Der Zusammenschluß verstoße somit gegen Sec. 7 Clayton Act. [444]

c) Während der Supreme Court in seiner Entscheidung mit besonderem Nachdruck auf die Zementierung der Oligopolstruktur des relevanten Marktes abstellte, die durch den Zusammenschluß zu erwarten sei, und dabei offen ließ, wie groß der Anteil am Trockenzwiebel- und -knoblauchmarkt, der durch den "reciprocity"-Effekt zugunsten von Gentry dem Wettbewerb entzogen werden könne, mindestens sein müsse, um in den Verbotsbereich von Sec. 7 zu gelan-

---

443) Die FTC schätzte den Bedarf der Konservenhersteller an diesen Erzeugnissen in ihrer Entscheidung auf etwa 25 % des Gesamtangebots (vgl. In the matter of Consolidated Foods Co., 1961 - 63 Trade Cases, transfer binder, Par. 16, 182, S. 20, 980).

444) A. a. O., S. 594, 597 - 600.

gen - das Gericht spricht insofern, wie oben ausgeführt, nur von "substantial share of the market" [445] -, unternimmt Turner insoweit den Versuch einer Quantifizierung. [446] Dabei setzt er den sog. "foreclosure"-Effekt, den eine zur Veranlassung von Gegenkäufen günstige Strukturkonstellation ermöglicht, in Beziehung zu der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung, die bei Ausschließlichkeits- und Koppelungsverträgen sowie im Falle vertikaler Zusammenschlüsse auftreten kann. Zwar sei der "foreclosure"-Effekt in den letzteren Fällen jeweils sofort evident, während er sich in "reciprocity"-Fällen zunächst immer nur als eine potentielle Möglichkeit darstelle. Auf der anderen Seite seien aber "reciprocity"-Maßnahmen durch nichts zu rechtfertigen, während die anderen Fälle vertikaler Integration immerhin einige wirtschaftliche Argumente für sich hätten. In Anlehnung an den schon mehrfach zitierten Standard Stations-Fall [447] kommt Turner dann zu dem Schluß:

> "... if actual foreclosure of seven per cent of the market is a substantial enough share to make requirements contracts presumptively unlawful, it seems to me that a conglomerate merger should not be outlawed because of possible reciprocity effects unless at least fifteen or twenty per cent of the market is made subject to foreclosure." [448]

---

445) Die FTC ging insoweit von einem Bedarf der betreffenden Erzeugnisse seitens der Konservenhersteller von etwa 25 % des diesbezüglichen Gesamtangebots aus, vgl. oben Anm. 443. In einer neueren Entscheidung mit einer dem vorliegenden Fall sehr ähnelnden Sachverhaltskonstellation hält ein Distriktgericht sogar einen diesbezüglichen Marktanteil von 5 % schon für ausreichend (vgl. U.S. v. General Dynamics Corp., 258 F. Supp. 36, 63 - 65 (S. D. N. Y. 1966)). Diese Entscheidung ist darüber hinaus interessant, als in ihr die Zusammenschlußvereinbarung, da von vornherein auf die Ermöglichung von Gegenkäufen abzielend, auch als Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act angesehen wurde (a. a. O., S. 67).

446) Turner, a.a.O., S. 1388 - 91.

447) Standard Oil Co. v. U.S., 337 U.S. 293 (1949), vgl. dazu oben Anm. 316 und 371.

448) A.a.O., S. 1391. Diese Quantifizierung hat wiederum ihren Niederschlag gefunden in den "merger guidelines" des Justizministeriums (a.a.O., S. 23 - 25 Nr. 19). Danach wird eine Gefahr für "reciprocal buying" immer dann angenommen, wenn mindestens etwa 15 % der gesamten Bezüge auf dem Markt, auf dem das eine am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen als Lieferant auftritt, auf Unternehmen entfallen, die auf solchen Märkten als wesentliche Anbieter tätig sind, auf denen das andere am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen als bedeutender Käufer auftritt.

d) Anzumerken bleibt, daß eine solche "reciprocity"-Beziehung nicht nur den Markt beeinflussen kann, auf dem das eine am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen seine Verkäufe tätigt, im Beispiel oben Gentry, sondern daß auch der Markt berührt sein kann, auf dem das andere Unternehmen seine Einkäufe abwickelt (im Beispiel oben Consolidated). So ist denkbar, daß mögliche Zulieferer, um im Beispiel zu bleiben, von Consolidated nur deswegen nicht zum Zuge kommen, weil sie von Gentry keine Lieferungen beziehen, sei es, weil sie diese Erzeugnisse selbst nicht verarbeiten, oder sei es, weil sie sich insoweit anderweitig gebunden haben. Dieser "forceclosure"-Effekt wird umso einschneidender, je wesentlicher die Stellung von Consolidated als Auf- und Weiterverkäufer ist. [449]

4. United States v. Penn-Olin Chemical Co. [450]:
Die Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen [451]

a) Unter einem Gemeinschaftsunternehmen, einer sog. "joint venture", ist in diesem Zusammenhang die gemeinsame Neugründung eines Unternehmens durch mehrere, mindestens zwei, Partnerunternehmen zu verstehen, das losgelöst von letzteren selbständig wirtschaftet. [452] Wie bei Zusammenschlüssen

449) Vgl. dazu Brodley, a.a.O., S. 326 und Turner, a.a.O., S. 1388 Anm. 94, der allerdings diese Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung nur gering einschätzt, da es das natürliche Bestreben eines Unternehmens in der Position von Consolidated sei, sich einen vielfältigen, wettbewerbsintensiven Zulieferermarkt zu erhalten.

450) 378 U.S. 158 (1964).

451) Dieses Problem kann in diesem Zusammenhang nur angetippt werden; vgl. dazu im einzelnen Kaysen-Turner, S. 136; Backman, Joint Ventures and the Antitrust Laws, 40 N.Y.U.L. Rev. 651 (1965); Handler, Emerging Antitrust Issues: Reciprocity, Diversification, and Joint Ventures, 49 Va. L. Rev. 433 (1963); Hale, Joint Ventures: Collaborative Subsidiaries and the Antitrust Laws, 42 Va. L. Rev. 927 (1956) und Markert, Gemeinschaftsunternehmen und Antitrustrecht, AWD 1964, 241; v. Tirpitz AWD 1964, 388 sowie Henrichs, Sec. 7 Clayton Act und die sog. "joint ventures", WuW 1966, 29.

452) Vgl. Kaysen-Turner, S. 136. Damit sind solche Gemeinschaftsunternehmen ausgeklammert, die auf der Zusammenlegung bereits bestehender Wirtschaftseinheiten beruhen und daher den Charakter von Teilfusionen haben. Insoweit ist lediglich die allgemeine Zusammenschlußproblematik angesprochen.

sind Gemeinschaftsunternehmen horizontaler, vertikaler und konglomerater Art zu unterscheiden, d.h. das Gemeinschaftsunternehmen kann mit den Gründerunternehmen unmittelbar in Konkurrenz treten, es kann diesen vor- oder nachgelagert sein oder es kann in keinerlei Zusammenhang mit diesen stehen. Da durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nicht, wie bei Zusammenschlüssen, einer der Gründerpartner als selbständiger Wettbewerber vom Markt verschwindet, sondern zusätzlich ein weiterer Wettbewerbsfaktor geschaffen wird, erscheint es auf den ersten Blick schwer ersichtlich, wie eine solche Gründung wettbewerbsrechtlich relevant werden könnte. 453)

b) Welche wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen dennoch von einem solchen Gemeinschaftsunternehmen ausgehen können, wird aus dem Penn-Olin-Fall ersichtlich, in dem ein Gemeinschaftsunternehmen erstmalig nach Maßstäben des Clayton Act zu beurteilen war. Anlaß für den Fall war die gemeinschaftliche Gründung der Penn-Olin Chemical Co. durch die Olin Mathieson Chemical Corp. und die Pennsalt Chemicals Co. im Jahre 1960. Penn-Olin war dazu bestimmt, Sodium Chlorat, ein Bleichmittel, das hauptsächlich von Papierherstellern verwendet wird, für den Markt im Südosten der Vereinigten Staaten herzustellen. Pennsalt, das eine der Gründerunternehmen, produzierte u.a. dasselbe Erzeugnis mit großem Erfolg für den Westküstemarkt. Es hatte dort einen Marktanteil von fast 58 % und war daran interessiert, auch in den Südostmarkt der Vereinigten Staaten vorzudringen. Dies erschien jedoch zunächst noch zu teuer. Olin, das andere der Gründerunternehmen, stellte selbst kein Sodium Chlorat her, spielte aber selbst auch mit dem Gedanken, in den vehement expandierenden Markt im Südosten des Landes einzutreten und dort ein entsprechendes Werk zu errichten. Dies bot sich umsomehr an, als Olin schon ähnliche Produkte herstellte und bereits ein Vertriebsnetz auf diesem Markt aufgebaut hatte. Beide Unternehmen vereinbarten im Jahre 1957, gemeinsam den Markt zu testen. Pennsalt sollte probeweise Sodium Chlorat aus seiner Produktion von der Westküste anliefern; Olin sollte im Südosten den Vertrieb dieses Produktes übernehmen. Nachdem 1960 auf diese Weise trotz des langen Frachtwegs bereits

---

453) Soweit Gemeinschaftsunternehmen in der Vergangenheit überhaupt Gegenstand von Antitrust-Verfahren nach dem Sherman Act waren, lag der Akzent daher auch jeweils auf wettbewerbsbeschränkenden Praktiken, die mit der Gemeinschaftsgründung einhergingen und weniger auf der Gründung selbst. Vgl. U.S. v. Minnesota Mining & Mfg. Co., 92 F. Supp. 947 (D. Mass. 1950); U.S. v. Imperial Chemical Industries, Ltd., 100 F. Supp. 504 (S. D. N. Y. 1951); U.S. v. Timken Roller Bearing Co., 341 U.S. 593 (1951) und Pan. Am. World Airways, Inc. v. U.S., 193 F. Supp. 18 (S. D. N. Y. 1961).

ein Marktanteil von 8,9 % erreicht werden konnte, entschlossen sich beide Unternehmen, ihre eigenen Pläne zurückzustellen und ein gemeinsames Herstellwerk im Südosten des Landes zu errichten. Zu dieser Zeit beherrschten zwei Unternehmen mit zusammen 90 % Marktanteil diesen Markt. Nach zwei Jahren hatte sich das Gesamtvolumen des Marktes verdoppelt und Penn-Olin stand unter den vier Unternehmen, die inzwischen den Südosten mit Sodium Chlorat belieferten und insoweit Marktanteile von etwa 33, 28, 23 und 16 % aufwiesen, an zweiter Stelle. 454)

c) Bei der Beurteilung dieser Sachlage hatte sich das Gericht zunächst mit allgemeinen Anwendungsschwierigkeiten von Sec. 7 auf Gemeinschaftsunternehmen auseinanderzusetzen, die jedoch unter Hinweis auf Sinn und Zweck der Norm und auf die Intentionen des Gesetzgebers, den wachsenden Trend zur Konzentration einzudämmen und unter allen Umständen ein funktionsfähiges Wettbewerbssystem zu erhalten, aus dem Wege geräumt wurden. 455)

d) In der Sache selbst sah es das Gericht als erwiesen an, daß entweder Pennsalt oder Olin oder sogar beide, wäre es nicht zur Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens gekommen, mit großer Wahrscheinlichkeit unabhängig voneinander den Sodium Chlorat-Markt im Südosten des Landes, den für diesen Fall relevanten Markt, betreten hätten. Selbst wenn nur eines der beiden Unternehmen tatsächlich in den Markt eingetreten wäre, so führte das Gericht weiter aus,

---

454) A.a.O., S. 160 - 166. Wollte man dieses Gemeinschaftsunternehmen im eingangs genannten Sinne näher klassifizieren, so müßte man es wohl konglomerat nennen, und zwar insofern, als es aus der Position von Pennsalt gesehen "market extension"- und aus der von Olin "product extension"-Charakter aufweist.

455) A.a.O., S. 168 - 170. Sec. 7 Clayton Act verbietet in seinem dritten Absatz (15 U.S.C. § 18) die Bildung von Tochtergesellschaften nur, wenn dies unmittelbar (also nicht nur wahrscheinlich!) einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt zur Folge hat. Außerdem geht Sec. 7 in ihrem Wortlaut von Zusammenschlüssen bereits bestehender Unternehmenseinheiten aus, während im Fall von Gemeinschaftsunternehmen eine solche Unternehmenseinheit mit dem Gründungsakt erst geschaffen wird. Das Gericht ging davon aus, daß Gemeinschaftsunternehmen die gleichen Gefahren für den Wettbewerb heraufbeschwören könnten, wie Zusammenschlüsse. Dem müsse daher auch in gleicher Weise entgegengetreten werden, "for in each instance we are but expounding a national policy enunciated by the Congress to preserve and promote an free competitive economy" (a.a.O., S. 170).

wäre doch das andere ein ernstzunehmender potentieller Wettbewerber am Rande des Marktes geblieben, der das Wettbewerbsverhalten der wenigen auf dem oligopolistischen Sodium-Chlorat-Markt befindlichen Unternehmen entscheidend mitbeeinflußt hätte. Der Ausschluß dieses potentiellen Wettbewerbs sei zu berücksichtigen, auch wenn man den zweifellos positiven Einfluß, den das Gemeinschaftsunternehmen auf das Marktgeschehen im relevanten Markt gehabt habe, nicht übersehen könne. Die in diesem Zusammenhang wettbewerbsrechtlich zu stellende Frage sei nicht, um wieviel die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens den Wettbewerb auf dem Markt erhöht habe, sondern in welch höherem Maße dies hätte geschehen können, wenn stattdessen beide Gründerunternehmen selbst bzw. eines von ihnen in den Markt eingetreten wären. So gesehen sei durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens der mit Wahrscheinlichkeit zu erwartende Wettbewerb auf dem relevanten Markt in verbotswidrigerweise eingeschränkt worden.

Eine weitere Wettbewerbsbeschränkung liege darin, daß infolge der engen Zusammenarbeit und der gegenseitigen Rücksichtnahme auf dem Gebiet des Gemeinschaftsunternehmens auch der Wettbewerb mit großer Wahrscheinlichkeit zum Erliegen komme, der zuvor zwischen den beiden Partnerunternehmen geherrscht habe, und daß außerdem ein möglicher Wettbewerb zwischen den Partnern und dem Gemeinschaftsunternehmen sehr wahrscheinlich gar nicht erst aufkomme. 456) Diese nachteiligen Wirkungen, die man kurz als "Gruppeneffekt" bezeichnen könnte, umschrieb das Gericht wie folgt:

> "It is the chosen competitive instrument of two or more corporations previously acting independently and usually competitively with one another. The result is a 'trumvirate of associated corporations'. If the parent companies are in competition, or might compete absent the joint venture, it may be assumed that neither will compete with the progeny in its line of commerce. Inevitably, the operations of the joint venture will be frozen to those lines of commerce which will not bring it into competition with the parents, and the latter, by the same token will be foreclosed from the joint venture's market." 457)

---

456) A.a.O., S. 170 - 177.

457) A.a.O., S. 170; vgl. dazu Kaysen-Turner, S. 138. Die Entscheidung erging im Stimmenverhältnis 5 : 4, wobei allerdings die Justices Douglas und Black das Mehrheitsvotum nur deswegen nicht billigten, weil ihnen die Verurteilung des Gemeinschaftsunternehmens nicht scharf genug war. Nach ihrer Auffassung war das getroffene Arrangement vergleichbar mit einer Marktaufteilungsvereinbarung und stellte daher eine per se-Verletzung des Sherman Act dar (a.a.O., S. 178 - 180). Demgegenüber ver-

e) Diese Charakterisierung der Gemeinschaftsunternehmen kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß es, mehr noch als in Zusammenschlußfällen, eine ganze Reihe von wirtschaftlichen Gesichtspunkten gibt, die eine solche Kooperationsform zwischen Unternehmen zu rechtfertigen vermögen. Insbesondere Gemeinschaftsunternehmen, die gegründet werden, um ungewöhnliche Risiken auf mehrere Partner zu verteilen oder um eine höhere Leistungskapazität, vor allem auf dem Gebiet von Forschung und Entwicklung, zu erreichen, dürften, soweit diese Kooperationsform zur Erreichung dieser Ziele unbedingt erforderlich erscheint, kaum wettbewerbsrechtlichen Bedenken begegnen. [458]

D. Zusammenfassung

1. Hatte sich in der Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit von Unternehmenszusammenschlüssen nach dem Sherman Act erst langsam eine Betrachtungsweise durchgesetzt, die die Rechtswidrigkeit eines Zusammenschlusses nicht nur nach der Art und Weise seines Zustandekommens beurteilte, sondern entscheidendes Gewicht auch auf die Rückwirkung des Zusammenschlußvorganges auf die Wettbewerbsverhältnisse im betroffenen Markt legte [459], so lag dieses Konzept der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Sec. 7 Clayton Act von Anfang an zugrunde. [460] Die hierzu ergangene Judikatur zeichnete sich dabei in zweifacher Hinsicht aus:

Fortsetzung der Fußn. 457) von S. 142:
neinte das Distriktgericht, an das der Fall zur endgültigen Entscheidung zurückverwiesen wurde, erneut jegliche Verletzung der Antitrustgesetze (U.S. v. Penn - Olin Chemical Co., 1965 Trade Cases, Par. 71, 571 (D. Del. 1965).

458) Vgl. dazu Kaysen-Turner, S. 138 f.; Henrichs, a.a.O., S. 42 und Brodley, a.a.O., S. 335 - 337. Die Zurückhaltung, die sich auch die amerikanischen Verfolgungsbehörden bezüglich des Problems der Gemeinschaftsunternehmen vorläufig noch auferlegen, kommt u.a. darin zum Ausdruck, daß die vom Justice Department herausgegebenen "merger guidelines" die Frage der Gemeinschaftsunternehmen nicht anschneiden.

459) Vgl. oben Zusammenfassung S. 72 ff.

460) Dies liegt schon im Wortlaut dieser Vorschrift begründet. Sec. 7 Clayton Act untersagt Zusammenschlüsse, "where ... the effect of such acquisition may be substantially to lesson competition, or tend to create a monopoly" (vgl. oben S. 19); sie stellt also ausschließlich auf die voraussichtliche Folge eines Zusammenschlusses ab.

a) Einmal wurden bedingt durch die niedrigere Verbotsschwelle in Sec. 7 Clayton Act [461] anders als unter dem Sherman Act nicht nur Zusammenschlußvorgänge erfaßt, die die Monopolisierung des relevanten Marktes zur Folge haben, sondern schon solche, die die Herbeiführung bzw. Verstärkung einer Oligopolstruktur auf dem Markte bewirken. Dabei blieb die Anwendung der Vorschrift nicht auf horizontale Zusammenschlüsse beschränkt, sondern wurde auf solche vertikaler und konglomerater Art ausgedehnt.

b) Dieser Ausweitung des Anwendungsbereichs von Sec. 7 entsprach auf der anderen Seite eine zunehmende Tendenz zur Reduzierung der Anforderungen beim Nachweis der Verbotswidrigkeit von Zusammenschlüssen. Wurde noch im Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws von 1955 die Berücksichtigung aller für den jeweiligen Zusammenschlußfall wirtschaftlich relevanten Faktoren empfohlen [462], und richtete sich der Supreme Court noch im Brown Shoe-Fall nach dieser Methode, so zeigte sich schon in der Philadelphia Bank-Entscheidung das Bestreben dieses Gerichts nach einer vereinfachenden, schematisierenden Betrachtungsweise. Diese Entwicklung, die schließlich ihren sichtbarsten Ausdruck in den vom Department of Justice formulierten "merger guidelines" vom 30. Mai 1968 [463] fand, spielte sich im wesentlichen vor dem Hintergrund folgender Überlegungen ab:

aa) Einerseits war man sich sehr wohl bewußt, daß mit einer ganz auf die Umstände des Einzelfalls abstellenden Betrachtungsweise (case - by - case method) theoretisch die besten Ergebnisse erreicht werden müßten, da nur so die mit jedem Zusammenschluß verbundenen Vor- und Nachteile für das Wettbewerbsgeschehen auf dem Markt ermittelt und gegeneinander abgewogen werden könnten. Der Versuch, im Rahmen einer Entscheidung nach Sec. 7 Clayton Act Ermittlungen und Wertungen dieser umfassenden Art anzustellen, erschien aber andererseits praktisch auf die Ineffektivität der Anwendung dieser Vorschrift hinauszulaufen. Darauf haben insbesondere Bok und Turner hingewiesen. [464] Eine Entscheidung nach Sec. 7 mache, so argumentierten sie, ein in die Zukunft gerichtetes ökonomisches Urteil über die wahrscheinlichste unter verschiedenen möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses und über das Ausmaß derselben erforderlich. Selbst wenn es gelinge, im Einzelfall alle diesbezüglichen relevanten Fakten zusammenzutragen, was allein schon zu einer außerordentlichen Belastung der Gerichte führen würde, so seien diese bei dem

461) Vgl. dazu den Wortlaut oben in Anm. 460.
462) A.a.O., S. 125 f.
463) CCH-Trade Regulation Reports Nr. 363.
464) Vgl. Bok, a.a.O., S. 226 ff. und Turner, a.a.O., S. 1318 - 20.

derzeitigen Erkenntnisstand der ökonomischen Theorie einfach nicht in der Lage, eine genügend sichere Vorhersage bezüglich der künftigen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf das Marktgeschehen zu machen. Im Gegenteil, die Fülle der Einzeldaten trage gegenwärtig eher zur Verwirrung als zur Erhellung der zu treffenden Entscheidung bei, sie öffne geradezu einer willkürlichen Handhabung der Entscheidung Tür und Tor und lasse den Ausgang eines Verfahrens bis zuletzt ungewiß.

bb) Angesichts dieser gegenwärtig nicht auszuräumenden Unsicherheit sei es kein Verlust, sondern eher ein Gewinn, auf diese Einzelfallbetrachtungsweise ganz zu verzichten und stattdessen bezogen auf einzelne Fallgruppen generelle, aus sich heraus verständliche Regeln (rationally based general rules) zu entwickeln. 465) Diese seien an einigen wenigen, für die jeweilige Fallgruppe wesentlichen und zugleich leicht faßlichen Kriterien zu orientieren. Als solche kämen insbesondere Marktstrukturdaten in Frage, wie der Marktanteil der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen, der Konzentrationsgrad des betroffenen Marktes und die Freiheit des Marktzugangs. Ziel solcher genereller Regeln müsse es dabei sein, Zusammenschlüsse zu verhindern, die die Marktstruktur so verändern, daß jetzt oder später mit dem Auftreten nicht wettbewerblichen Verhaltens gerechnet werden müsse. Zwar korrespondiere nicht zwingend eine bestimmte Marktstruktur mit einem bestimmten Verhaltensschema der Unternehmen in einem Markt. Immerhin werde aber das Verhalten dieser Unternehmen tendenziell durch die Struktur des betreffenden Marktes bestimmt; es gebe Marktstrukturen, die den Wettbewerb mit Wahrscheinlichkeit anregen und solche, die diese Wirkung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht haben, wie z.B.

---

465) Vgl. dazu Bok, a.a.O., S. 349: "... the question is whether at present we stand to gain from rules which seek to capture the subtler images of reality evoked by the complexities of economic theory. In aproaching the foregoing question, it is far too easy to blur the distinction between the economist seeking to depict a market situation as thoroughly as possible and the judge attempting to decide whether to allow or disallow a merger. The difference is not simply one of expertness and inexperience nor does it merely stem from the practical difficulties of translating economic doctrine into courtroom facts. Beyond these important considerations lies the contrast between the very processes of description and decision. There is undoubtedly a point in human understanding where information can be said to bear upon a situation without being understood well enough to assist in predicting the course of future events. We have argued that much of the relevant economic theory has reached this point and that to use such doctrine in attempting elaborate predictions under section 7 will cause confusion rather than enlightment."

ein Markt mit einer stark oligopolistischen Struktur, der gewöhnlich eine starke Interdependenz der Verhaltensweisen der betreffenden Unternehmen auf dem Preis- und Produktionssektor aufweise und durch eine exzessive, gesamtwirtschaftlich unerwünschte Werbeaktivität gekennzeichnet sei. [466] Eine in diesem Rahmen mögliche Voraussage sei ausreichend für die Zwecke eines Gesetzes, das nur den Nachweis einer "wahrscheinlich erheblichen Verminderung des Wettbewerbs oder einer Tendenz zur Schaffung einer Monopolstellung" als Folge eines Zusammenschlusses erfordere.

cc) Eine solche generalisierende Betrachtungsweise mache darüberhinaus die Verfahren weniger umfangreich und kostspielig und erleichtere die Entschlußfassung der Gerichte; mit dem gleichen Aufwand an Zeit und Geld könnte eine höhere Zahl von Fällen zur Entscheidung gebracht und dadurch dem Auftrag des Gesetzgebers sehr viel nachdrücklicher Rechnung getragen werden. Gleichzeitig werde auf diese Weise der Ausgang des einzelnen Verfahrens in stärkerem Maße vorhersehbar, was insgesamt eine Erhöhung der Rechtssicherheit bedeute.

Ein sich einmal im Einzelfall ergebendes ungerechtfertigtes Verbot eines Zusammenschlusses werde durch die eben aufgezählten Vorzüge dieser generellen Vorgehensweise weitgehend wieder kompensiert. Im übrigen sei ein solcher Eingriff auch nicht so schwerwiegend für die betreffenden Unternehmen, da Sec. 7 im wesentlichen nur präventiv wirke, also nur in Aussicht genommene Zusammenschlüsse angreife, nicht aber die Existenz bestehender Unternehmensverbindungen antaste. Schließlich sei für ein Unternehmen, werde einmal ein Zusammenschluß in ungerechtfertigter Weise durch ein Clayton Act-Verfahren blokkiert, immer noch der Weg innerer Expansion möglich, um die mit dem Zusammenschluß verfolgten Ziele zu erreichen, was gesamtwirtschaftlich gesehen ohnehin erwünschter sei. [467] [468]

---

466) Vgl. dazu oben Anm. 312.

467) Vgl. Bok, a.a.O., S. 270 - 273, 299 - 308 und 348 - 349 und Turner, a.a.O.; vgl. dazu ferner Kaysen - Turner, insbesondere S. 71 - 75 und 127 - 136 und die "merger guidelines", a.a.O., S. 2 - 3 Nr. 2. Diese Richtlinien sind zwar im wesentlichen als der Versuch einer Kodifizierung der von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Beurteilungsgrundsätze anzusehen. Auf der anderen Seite zeigen sie aber auch ganz deutlich die persönliche Handschrift von Prof. Turner, der zu dieser Zeit das Amt des Leiters der Antitrustabteilung des amerikanischen Justizministeriums bekleidete. Es ist dies einer der glücklichen Fälle, in dem es einem Wissenschaftler gelungen ist, sein zuvor in der Theorie entwickeltes Gedankengut selbst in praktische Politik umzusetzen.

468) Gegen die Aufstellung solcher globaler Regeln im Recht der Unterneh-

Vor diesem Hintergrund haben die Gerichte, und daran anknüpfend das Justizministerium in seinen "merger guidelines", bei der Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse hauptsächlich darauf abgestellt, in welchem Umfang diese zur Konzentration auf dem Markt beitragen, während sie sich im Falle vertikaler und konglomerater Zusammenschlüsse im wesentlichen darauf stützten, inwieweit diese den Zugang zum Markt erschweren bzw. die Bewegungsfreiheit der Unternehmen im Markt einschränken, dies insbesondere dann, wenn der betreffende Markt bereits konzentriert ist.

2. Im einzelnen ist dazu zusammenfassend folgendes zu sagen:

a) Horizontale Zusammenschlüsse

aa) Zur Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die von horizontalen Zusammenschlüssen ausgehen können, nämlich eine übermäßige Konzentration und als Folge davon interdependentes Verhalten der Unternehmen auf dem Markt, wurden als Kriterien im wesentlichen der Marktanteil der sich zusammenschließenden Unternehmen und der Konzentrationsgrad des betreffenden

---

Fortsetzung der Fußn. 468) von S. 146:

menszusammenschlüsse haben sich insbesondere Vertreter der Wirtschaftswissenschaft gewandt. Soweit sie diese Vorgehensweise nicht überhaupt ablehnen, treten sie zumindest für eine Beschränkung solcher Regeln auf einzelne Industriezweige ein (vgl. Markham, Current Decisions in Antitrust, 12 Antitrust Bull. 851, 861 - 862 (1967)). Dies entspricht im übrigen auch der von der Federal Trade Commission geübten Praxis. Soweit sie bisher auf diesem Gebiet tätig geworden ist, hat sie immer nur Verhaltensgrundsätze für bestimmte, übrigens vorwiegend mittelständische Branchen entwickelt (für den Lebensmittelhandel vgl. oben Anm. 341 und 421; für die Zementindustrie vgl. oben Anm. 394; für die Haushaltswarenindustrie vgl. oben Anm. 435). Dabei dienten als Beurteilungskriterien überwiegend absolute Daten (wie Umsatzgröße oder Höhe des Betriebsvermögens), die zuvor in sehr eingehenden Strukturanalysen der betreffenden Märkte ermittelt wurden (vgl. zu dieser mehr an den ökonomischen Realitäten der einzelnen Märkte orientierten Betrachtungsweise Elman, Rule-making Procedures in the FTC's Enforcement of the Merger Law, 78 Harv. L. Rev. 385 (1964)). Inwieweit diese Anwendungsgrundsätze auf die Dauer mit denen der "merger guidelines" des Justizministeriums harmonisieren werden, bleibt abzuwarten (zum grundsätzlichen Unterschied der angewandten Methoden vgl. Rahl, Anti-Merger Law in Search of a Policy, 11 Antitrust Bull. 325 (1966)).

Marktes (gemessen am Umsatzanteil der 4, 8, 12 etc. größten Unternehmen) herangezogen. 469) Dabei war die Anwendung von Sec. 7 Clayton Act gegen drei Gruppen von Zusammenschlüssen gerichtet:

(1) Zusammenschlüsse, durch die ein oder eine kleinere Gruppe von Unternehmen eine dominierende Stellung auf dem Markt erreichen bzw. weiter ausbauen.

Zu nennen sind insoweit der Philadelphia Bank-Fall, bei dem durch den Zusammenschluß ein gemeinsamer Marktanteil von 30 % erreicht worden wäre bei einem im übrigen stark konzentrierten Markt (der Umsatzanteil der zwei größten Unternehmen hätte dann 59 %, der der vier größten 78 % betragen), sowie der Alcoa-Rome-Fall mit einem gemeinsamen Marktanteil von 29,1 % bei dann 76 % der vier größten Unternehmen und der Continental Can-Fall mit 25 % bei dann 70 % der sechs größten Unternehmen auf dem Markt.

Noch weitergehend werden insoweit nach den "merger guidelines" des Justizministeriums schon Zusammenschlüsse als im Verbotsbereich von Sec. 7 Clayton Act befindlich angesehen, die in hochkonzentrierten Märkten (die vier größten Unternehmen haben zusammen einen Marktanteil von 75 % oder mehr) Marktanteile zwischen 8 und 16 % und in weniger konzentrierten Märkten (die vier größten Unternehmen haben einen Marktanteil von weniger als 75 %) solche zwischen 10 und 26 % erreichen. 470)

(2) Zusammenschlüsse, die im Rahmen eines deutlichen Trends zur Konzentration auf dem Markt stattfinden und die diese Entwicklung in erheblichem Maße weiter vorantreiben.

Zu dieser Kategorie gehört der Brown Shoe- und insbesondere der Von's Grocery-Fall. In letzterem Fall genügte für den Ausspruch eines Verbotes schon ein durch den Zusammenschluß erreichter gemeinsamer Marktanteil von 7,5 %, wobei sich der Konzentrationstrend in einem Anwachsen des Marktanteils der acht größten Unternehmen auf dem Markt innerhalb der letzten zehn Jahre von 33,7 auf 40,9 %, also etwa um 20 %, widerspiegelte.

Auch insoweit wurden die Eingriffsvoraussetzungen durch die "merger guidelines" des Justizministeriums noch weiter verschärft: Danach soll schon eingegriffen werden können, wenn ein Unternehmen aus der Gruppe der größten 2 - 8 Unterneh-

---

469) Bzgl. weiterer struktureller Indikatoren vgl. Shepard, On Appraising Evidence about Market Power, 12 Antitrust Bull. 65 (1967).

470) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 5 und 6, S. 9 und oben Anm. 356 sowie Bok, a.a.O., S. 273 - 308, insbesondere S. 308.

men, deren vereinigter Marktanteil innerhalb der letzten 5-10 Jahre um mindestens 7 % gestiegen ist, ein anderes Unternehmen mit mindestens 2 % Marktanteil erwirbt. [471]

(3) Zusammenschlüsse, durch die unabhängig von den in Frage stehenden Marktanteilen ein besonders aktiver Wettbewerber vom Markt verschwindet sowie solche zwischen einem bedeutenden Unternehmen und einem anderen, das trotz eines nur geringen Marktanteils über ein ungewöhnliches wettbewerbliches Potential verfügt, z.B. der Erwerb eines "newcomer" mit einem Patent für ein wesentlich verbessertes Erzeugnis oder Herstellungsverfahren durch einen bedeutenden Wettbewerber. In diesem Zusammenhang ist auf den Alcoa Rome-Fall zu verweisen, in dem das von Alcoa erworbene Unternehmen, Rome Cable, auch nur einen Marktanteil von 1,3 % aufwies, jedoch ein außerordentlich aggressiver Wettbewerber war. [472]

bb) Rechtfertigungsgründe können demgegenüber nur begrenzt geltend gemacht werden.

(1) Die in Abs. 3 von Sec. 7 Clayton Act genannten, vom Verbot ausgenommenen Fälle, der Erwerb von Unternehmensanteilen nur zum Zwecke der Investition und ohne die Möglichkeit der Stimmrechtsausübung sowie die einseitige Gründung von Tochterunternehmen bzw. der weitere Erwerb von Anteilen daran, wenn dadurch nicht unmittelbar Wettbewerb beschränkt wird [473], sind nicht eigentlich Konstellationen, die in der Praxis der Unternehmenskonzentration eine besondere Bedeutung erlangt haben; jedenfalls spielten sie in den hier erörterten Fällen keine Rolle.

(2) Auch der in der Rechtsprechung entwickelte sog. "failing company defense" ist heute ohne praktische Bedeutung, nachdem nunmehr Voraussetzung dafür ist, daß sich das erworbene Unternehmen nicht nur in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, sondern überhaupt zahlungsunfähig ist und praktisch vor dem Konkurs steht, und daß in gutem Glauben angestellte Versuche, eine mit Sec. 7 in Einklang stehende Lösung zu finden, fehlgeschlagen sind. [474]

---

471) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 7, S. 9 - 10 und oben Anm. 341 sowie Bok, a.a.O., S. 308 - 321.

472) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 8, S. 10 - 11 und Bok, a.a.O., S. 321 - 332.

473) Zum Fall der gemeinschaftlichen Gründung von Tochterunternehmen (Gemeinschaftsunternehmen) vgl. oben S. 139 ff.

474) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 9, S. 11 - 12 und Bok, a.a.O., S. 339 - 347.

(3) Sehr umstritten ist, ob der Einwand, der betreffende Zusammenschluß steigere die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der sich zusammenschließenden Unternehmen durch Schaffung einer optimaleren Unternehmensgröße, zulässig ist. Während noch im Philadelphia Bank-Fall nach der sog. "rule of presumptive illegality" dieser Einwand theoretisch möglich war - in der Entscheidung selbst wurde er zurückgewiesen -, wird die Geltendmachung solcher Rechtfertigungsgründe im Von's Grocery-Fall generell abgelehnt. Das Hauptargument dafür ist, daß es der Auftrag des Gesetzgebers von Sec. 7 war, eine wettbewerbliche Wirtschaftsordnung zu erhalten bzw. zu schaffen, selbst wenn dies im Einzelfall einmal auf Kosten wirtschaftlicher Effektivität geht.

Auch nach den "merger guidelines" des Justizministeriums können durch den Zusammenschluß erzielte Rationalisierungserfolge nur in ganz außergewöhnlichen Fällen geltend gemacht werden, zum Beispiel dann, wenn grundlegende technologische Veränderungen eine Umstrukturierung des Marktes erforderlich machen. Zur Begründung dieser ablehnenden Haltung werden in den Richtlinien drei Punkte genannt: Einmal seien die Kriterien der Richtlinien so gewählt, daß im allgemeinen kaum Zusammenschlüsse erfaßt würden, bei denen die beteiligten Unternehmen bisher im unteroptimalen Bereich gearbeitet hätten.
M.a.W., die Richtlinien ließen den Weg offen, für wirtschaftlich wünschenswerte Zusammenschlüsse kleinerer Unternehmen; ja, die durch die Richtlinien geschaffene Rechtssicherheit mache, wie Turner betont, den Weg überhaupt erst frei für eine solche Entwicklung. [475] Zum anderen seien erhebliche Rationalisierungs-

475) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 2, S. 3 und Nr. 10, S. 12 sowie Turner, The Merits of Antimerger Policy - A Reply to Prof. Galbraith, 19 Case W. Res. L.Rev. 201 (1968). Turner setzt sich in diesem Aufsatz sehr eingehend mit der Behauptung von Galbraith auseinander, nur Superunternehmen gigantischer Größenordnung könnten heutzutage noch den Erfordernissen höchster wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und größter technologischer Fortschrittlichkeit gerecht werden (vgl. dazu Galbraith, The New Industrial State, 1967). Turner führt dazu aus, daß diese These bisher durch nichts erhärtet sei, daß im Gegenteil empirische Untersuchungen ergeben hätten, daß Unternehmen zwar zunächst mit wachsender Größe ihre Leistungsfähigkeit zu steigern vermögen, daß aber schon ab einer bestimmten Größenordnung, die etwa, soweit dies überhaupt pauschal zu bestimmen möglich ist, bei einem Betriebsvermögen von 5 Mill. Dollar anzusetzen sei, keine Korrelation zwischen Größe und Leistungsfähigkeit mehr herzustellen sei. Zu ähnlichen Ergebnissen seien auf dem Gebiet von Forschung und Entwicklung angestellte Untersuchungen gekommen. Auch hier habe sich gezeigt, daß schon mit Unternehmen mit einem Betriebs-

erfolge, die sich möglicherweise durch einen Zusammenschluß erzielen lassen, in der Regel ebenso gut auf dem Wege interner Expansion zu erreichen. Schließlich würden sich in der Regel erhebliche Beweisschwierigkeiten beim Nachweis der Existenz und des Umfangs solcher mit einem Zusammenschluß verbundenen Rationalisierungserfolge ergeben. 476)

cc) Eine wichtige Voraussetzung für die Feststellung einer wahrscheinlichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Zusammenschlusses ist die Bestimmung des Marktes, in dem diese Wirkung zu erwarten ist. Nach Sec. 7 Clayton Act genügt dafür "any line of commerce in any section of the country", in der effektiv Wettbewerb herrscht und der durch den Zusammenschluß wesentlich beeinträchtigt werden kann. Dieser rechtlich relevante Markt, der schon durch einen relativ kleinen wirtschaftlichen Vorteil im Wettbewerbskampf der in diesen Markt einbezogenen Unternehmen gegenüber den ausgeschlossenen Unternehmen bestimmt sein kann, braucht nicht mit dem ökonomisch relevanten Markt identisch zu sein.

(1) Es wird, was seine sachliche Abgrenzung angeht, im allgemeinen beschränkt auf Güter oder Dienstleistungen, die nach Einschätzung der betreffenden Fachkreise merklich unterscheidbar sind von anderen Gütern und Dienstleistungen, selbst wenn vom Standpunkt der Abnehmer insoweit eine gewisse, wenn auch nicht perfekte Austauschbarkeit bezüglich Preis, Qualität und Verwendungszweck besteht. Dabei ist insoweit die Bildung von Teilmärkten nicht ausgeschlossen. Dahinter ist stets das Bestreben zu sehen, jede irgendwie geartete Wettbewerbsbeziehung vor einer Beeinträchtigung zu schützen. Diese Beschrän-

---

Fortsetzung der Fußn. 475) von S. 150:

vermögen von 10 - 100 Mill. Dollar, je nach Wirtschaftszweig, optimale Ergebnisse erzielt werden könnten. Superunternehmen seien dafür in keinem Falle notwendig. Turner verweist insoweit auf Bain, Industrial Organization, 1959, S. 185; Mansfield, Industrial Research and Development Expenditures: Determinants, Prospects, and Relation to Size of Firm and Incentive Output, 72 J. of Political Economics 334 (1964) und Scherer, Firm Size, Market Structure, Opportunity, and the Output of Patented Inventions, 55 Am. Econ. Rev. 1098, 1114 (1965). Vgl. dazu ferner Blair und Scherer in: Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, United States Senate, 1965, Part 3, Concentration, Invention, and Innovation, S. 1118 ff. und 1188 ff. sowie Scherer, Marktstruktur, know - how für das Marketing und Technologische Lücke, Ordo XIX 1968, S. 159 ff.

476) Vgl. die "merger guidelinies", a.a.O., Nr. 10, S. 12.

kung des relevanten Marktes auf nach Ansicht der betreffenden Fachkreise merklich unterscheidbare Güter und Dienstleistungen schließt jedoch nicht aus, daß, wie der Alcoa Rome- und der Continental Can-Fall gezeigt haben, auch einmal Produkte in einen Markt zusammengebracht werden können, die sehr wohl unterscheidbar sind und die lediglich lockere Substitutionsbeziehungen aufweisen, dann nämlich, wenn zu befürchten steht, daß der betreffende Zusammenschluß gerade diesen Substitutionswettbewerb beeinträchtigen wird. [477]

(2) Ähnlich genügen für die Abgrenzung des geographischen relevanten Marktes schon Vorteile, die die betreffenden Unternehmen gegenüber anderen aufgrund geringerer Transportkosten, eines ausgebauten Verteilernetzes oder auch nur aufgrund von bestimmten Verbrauchergewohnheiten genießen. Dabei können sich, wie im Pabst Brewing-Fall, mehrere, verschieden große relevante Märkte ergeben. In einem solchen Fall genügt es schon, daß der Zusammenschluß voraussichtlich in einem dieser Märkte eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben wird. [478]

b) Vertikale Zusammenschlüsse

aa) Die besondere wettbewerbsbeschränkende Wirkung vertikaler Zusammenschlüsse besteht im wesentlichen im sog. "foreclosure"-Effekt. Er zeigt sich darin, daß die am Zusammenschluß beteiligten, im Verhältnis von Zulieferer und Abnehmer zueinander stehenden Unternehmen die Tendenz haben, für ihren diesbezüglichen Bedarf in zunehmendem Maße die durch den Zusammenschluß eröffneten internen Beziehungen dienstbar zu machen. Dadurch kann für Mit-

---

477) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 3 (1), S. 4 - 6 und Comment, "Relevant Market" under the Sherman and Clayton Acts as Affected by Recent Decisions of the Supreme Court, 1966 U. Ill. L. F. 1094. Eine gute Übersicht über die insgesamt entwickelten Marktabgrenzungskonzepte gibt Bock, Mergers and Markets, A Guide to Economic Analysis of Case Law, 1964, S. 83 - 152.

478) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 3 (2), S. 6-7. Betrachtet man insgesamt die in den einzelnen Entscheidungen vorgenommene Abgrenzung, so gewinnt man den Eindruck, daß die Gerichte in vielen Fällen die bereits gewonnene Überzeugung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Sec. 7 durch die Marktbestimmung nur noch zu "rationalisieren" suchen. Der Wortlaut von Sec. 7 steht dem jedenfalls nicht entgegen. Vgl. dazu Kaufer, Die Definition des relevanten Marktes, a.a.O., S. 324 - 335 sowie Henrichs, Die Abgrenzung des relevanten Markts, a.a.O., S. 269.

wettbewerber der Zugang zum Markt bzw. die Bewegungsfreiheit im Markt in dreifacher Weise beeinträchtigt bzw. überhaupt ausgeschlossen werden:

(1) Neu in den Markt des am Zusammenschluß beteiligten Zulieferers eintretende Unternehmen bzw. solche, die bereits auf diesem Markt tätig, aber nicht bzw. nur teilweise integriert sind, finden dort umso geringere Absatzmöglichkeiten, je stärker die vorhandenen Absatzwege in der oben angedeuteten Weise integriert sind. Sie können entweder den für eine gewinnbringende Produktion erforderlichen Umsatz durch wettbewerbliche Mittel nicht erreichen oder sind ihrerseits zur Integration gezwungen.

Ein Beispiel hierfür war der DuPont - GM-Fall, in dem dieser Marktverschließungseffekt besonders groß war. GM hatte einen Nachfrageanteil an den von DuPont gelieferten Gütern von 50 % der Gesamtnachfrage, und DuPont wiederum setzte 34 % bzw. 19,5 % der insgesamt auf den Markt gelangenden Güter dieser Art um. Demgegenüber ist die diesbezügliche Verbotsschwelle in den "merger guidelines" des Justizministeriums wesentlich niedriger angesetzt. Danach scheint der aufgrund eines vertikalen Zusammenschlusses zu erwartende Verschließungseffekt schon dann ausreichend, um ein Verbot nach Sec. 7 auszulösen, wenn das am Zusammenschluß beteiligte Lieferunternehmen 10 % oder mehr Anteil auf seinem Markt hat und auf den am Zusammenschluß beteiligten Abnehmer mindestens etwa 6 % der Nachfrage auf diesem Markt entfallen, es sei denn, daß keine bedeutenden Zugangsschranken für den Markt des Abnehmers bestehen. 479)

(2) Umgekehrt finden neu in den Markt des am Zusammenschluß beteiligten Abnehmers eintretende Unternehmen bzw. solche, die bereits auf diesem Markt tätig, aber nicht bzw. nur teilweise integriert sind, umso weniger günstige Bezugsquellen (z.B. bei der Beschaffung von Rohstoffen), je mehr die vorhandenen Bezugswege integriert sind. Sie sind so in zunehmendem Maße der Gefahr der Benachteiligung durch eine sog. "price squeeze" oder "supply squeeze" der Lieferanten ausgesetzt, worunter eine Nichtbelieferung bzw. eine Belieferung zu ungünstigeren Bedingungen zu verstehen ist, oder sie sind ihrerseits zur Integration gezwungen.

Nach den "merger guidelines" ist diese Wirkung schon unter den unter (1) genannten Voraussetzungen zu befürchten. Für den Fall, daß auf das Abnehmerunternehmen des Zusammenschlusses weniger als 6 % der Nachfrage auf dem Lieferantenmarkt entfallen, stellt das Justizministerium auf folgende Eingriffsvoraussetzungen ab: Ist das Produkt des am Zusammenschluß beteiligten Lieferanten ein wichtiger Bestandteil eines vom Abnehmer und seinen Mitwettbewerbern herge-

---

479) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 11 und 12, S. 13 - 14 und 16.

stellten Endprodukts, so genügt es für ein Eingreifen der Verfolgungsbehörde, daß das am Zusammenschluß beteiligte Lieferantenunternehmen über mindestens 20 % Anteil auf seinem Markt verfügt und das Abnehmerunternehmen mindestens 10 % Marktanteil am Absatz seines Fertigproduktes hat, für das das Vorprodukt benötigt wird. 480)

(3) Schließlich können nicht gerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber potentiellen oder aktuellen Mitbewerbern auch dadurch erlangt werden, daß ein Hersteller Einzelhandelsunternehmen erwirbt und dadurch die Möglichkeit intensiver Produktdifferenzierung zum Zwecke der Absatzförderung eröffnet wird. Auch dies steht insbesondere dann zu befürchten, wenn die obengenannten quantitativen Voraussetzungen eines Zusammenschlusses gegeben sind. 481)

Damit ein vertikaler Zusammenschluß eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten kann, bedarf es, dies machen die eben genannten Eingriffskriterien deutlich, eines Mindestmaßes horizontaler Marktmacht auf einem der durch den Zusammenschluß berührten Märkte, die auf der anderen Marktstufe eingesetzt werden kann.

bb) Wie im Falle horizontaler Zusammenschlüsse wurden aber auch vertikale Zusammenschlüsse, die noch nicht diese Voraussetzungen erfüllten, schon dann für verbotswidrig gehalten, wenn sie sich innerhalb eines deutlichen Trends zur vertikalen Integration vollzogen, der nach aller Wahrscheinlichkeit Marktzugangsschranken entstehen lassen und zur Benachteiligung nicht oder nur teilweise integrierter Unternehmen im Wettbewerb führen würde; wenn an den Zusammenschlüssen nicht unbedeutende Unternehmen beteiligt sind, die den Trend zur vertikalen Integration merklich verstärken; und wenn nicht klar ersichtlich ist, daß die Zusammenschlüsse zu bedeutenden Steigerungen der Leistungsfähigkeit in der Produktion oder im Absatz führen, die nicht mit Werbung oder Absatzförderung zusammenhängen. In diese Verbotskategorie ist der Brown Shoe-Fall einzuordnen.

cc) Schließlich sind alle vertikalen Zusammenschlüsse mit Sec. 7 unvereinbar, die von vornherein zum Zwecke der Erzielung einer der obengenannten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vorgenommen werden. 482)

---

480) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 11 und 13, S. 14 und 16-18.

481) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 11, S. 14 und oben Bain in Anm. 427.

482) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 14, S. 18 - 19.

dd) Zur Frage der Rechtfertigungsgründe für einen nach Sec. 7 angegriffenen vertikalen Zusammenschluß sowie zur Frage der Marktabgrenzung kann auf das oben im Zusammenhang mit der Erörterung der horizontalen Zusammenschlüsse Ausgeführte verwiesen werden.

c) Konglomerate Zusammenschlüsse

Auch das Ziel des Vorgehens gegen konglomerate Zusammenschlüsse ist es, die Entstehung von Marktstrukturen zu verhindern, die mit Wahrscheinlichkeit im Laufe der Zeit eine wesentliche Beschränkung des bis dahin bestehenden Wettbewerbs bewirken bzw. die Tendenz zur Bildung eines Monopols begründen. Noch stärker als bei vertikalen Zusammenschlüssen steht dabei die Erhaltung des freien Marktzugangs und damit die Erhaltung des den aktuellen Wettbewerb anregenden Einflusses potentiellen Wettbewerbs im Vordergrund. Daneben werden als weitere mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen konglomerater Zusammenschlüsse insbesondere die Gefahr des Gebrauchmachens von "deep pocket"-Vorteilen großer finanzstarker Unternehmen auf kleineren Märkten sowie die Gefahr des Erzwingens von Gegengeschäften (reciprocal buying) angesehen. [483] Die Rechtsprechung hat insoweit bisher drei Gruppen konglomerater Zusammenschlüsse unterschieden, die unter bestimmten Voraussetzungen von Sec. 7 Clayton Act erfaßt werden: die sog. "market extension mergers", die sog. "product extension mergers" und die "reciprocity"-Fälle.

aa) Die sog. "market extension mergers"

Darunter sind Fälle zu verstehen, bei denen sich Hersteller identischer oder leicht substituierbarer Güter zusammenschließen, die bisher in verschiedene territoriale Märkte geliefert haben.

(1) In einer solchen Konstellation verstößt ein Zusammenschluß gegen Sec. 7, wenn

(a) das in den relevanten Markt eintretende Unternehmen schon zuvor als wahrscheinlicher "newcomer" galt und diesen Markt, wäre der Zusammenschluß nicht erfolgt, voraussichtlich auch auf dem Wege interner Expansion betreten hätte, und

(b) dieser Markt bereits sehr konzentriert ist, wobei das andere am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen zu den führenden Unternehmen auf diesem Markt gehört.

---

483) Vgl. dazu Narver, Conglomerate Mergers and Market Competition, 1967, S. 110 und 126 - 133 und Sichel, The Procter & Gamble - Clorox Decision and the Economics of Conglomerate Mergers, 12 Antitrust Bull. 1081 (1967).

Die mit Sec. 7 unvereinbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung wird dabei in dem durch den Zusammenschluß erfolgenden Ausschluß potentiellen Wettbewerbs gesehen, der von dem bisher am Rande des Marktes befindlichen Unternehmen ausging, bzw. im Verlust der Möglichkeit, daß dieses Unternehmen jemals als selbständiger aktueller Wettbewerber in diesen Markt eintritt. Ein Beispiel hierfür war der El Paso-Fall, in dem Pacific unzweifelhaft in den hochkonzentrierten kalif. Erdgasmarkt eindringen wollte, sich schließlich aber mit El Paso, dem dominierenden Unternehmen auf diesem Markt, zusammenschloß.

(2) Die "deep pocket"-Theorie wurde in Fällen dieses Typs dann angewandt, wenn ein relativ kleiner lokaler Markt betroffen war,und es sich bei dem auf dem Zusammenschlußwege in diesen Markt eindringenden Unternehmen um ein finanzstarkes Großunternehmen handelte, das unverhältnismäßig viel größer war als die größten anderen Unternehmen auf dem lokalen Markt und das darüberhinaus in einer Vielzahl solcher lokaler Märkte gleichzeitig operierte. Die wahrscheinliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung dieser Fälle wurde insbesondere darin gesehen, daß das neu in den Markt gelangende Großunternehmen über das erworbene Unternehmen von der Möglichkeit Gebrauch macht, für längere Zeit die Preise der kleinen Wettbewerber zu unterbieten, wobei es etwa hinzunehmende Verluste durch Gewinne auf anderen Märkten ausgleichen kann, daß sich schon durch diese drohende Möglichkeit die kleineren Unternehmen gegenüber dem großen in ihrer Wettbewerbsaktivität sehr zurückhalten und potentielle Wettbewerber von einem Eintritt in den Markt überhaupt absehen werden und daß daher insgesamt der Wettbewerb auf dem Markt merklich erlahmen und das große Unternehmen schließlich die Rolle des Preisführers übernehmen wird. Dies machte der National Tea-Fall deutlich.

bb) Die sog. "product extension mergers"

Dies sind Fälle, in denen sich Hersteller von Gütern zusammenschließen, die in der Weise miteinander verwandt sind, daß sie durch nahezu die gleichen Produktionseinrichtungen hergestellt, über dieselben Absatzwege verteilt und mit den gleichen Forschungs- und Entwicklungsmethoden weiterentwickelt werden können. Dabei können sich die gleichen Konstellationen wie im Falle der "market extension mergers" ergeben; es sind daher, wie der Procter & Gamble-Fall zeigte, auch die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen zu befürchten. Auch insoweit wurde in den "merger guidelines" des Justizministeriums der Versuch einer Quantifizierung der Eingriffsvoraussetzungen vorgenommen. Danach erscheinen unter dem Gesichtspunkt des unzulässigen Ausschlusses wesentlichen potentiellen Wettbewerbs Zusammenschlüsse angreifbar zwischen einem Unternehmen, das zu den "most likely entrants" des betreffenden Marktes gehört, und

(1) einem Unternehmen mit mindestens 25 % Anteil auf diesem Markt, oder

(2) einem der beiden größten Unternehmen auf diesem Markt, wenn sie zusammen mindestens 50 % erreichen, oder

(3) einem der vier größten Unternehmen auf diesem Markt, wenn die acht größten dort mindestens 75 % Anteil haben und das am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen mindestens einen Anteil von 10 % hat oder

(4) einem der acht größten Unternehmen, wenn diese zusammen mindestens 75 % Marktanteil haben, und

(a) der Anteil des am Zusammenschluß beteiligten Unternehmens auf diesem Markt nicht unbedeutend ist und nur einer oder zwei "likely entrants" vorhanden sind oder

(b) das beteiligte Unternehmen auf diesem Markt in raschem Wachstum begriffen ist.

Außerdem soll gegen Zusammenschlüsse mit "likely entrants" vorgegangen werden, wenn ihr Zweck darin besteht, die von einem selbständigen Markteintritt erwartete wettbewerbliche "Unruhe" oder "Störung" zu verhindern.

Zur Feststellung, ob ein Unternehmen zu den "most likely entrants" gehört, soll in erster Linie auf die Markteintrittsfähigkeit des Unternehmens, d. h. auf seine technologischen und finanziellen Mittel im Vergleich zu anderen Unternehmen, und auf den wirtschaftlichen Anreiz für den Markteintritt abgestellt werden, wobei Gesichtspunkte wie Risiko und Gewinnaussichten, Marktnähe, erklärtes Interesse am Markteintritt und die natürliche Expansionsrichtung des Unternehmens Anhaltspunkte geben könnten. [484]

cc) Die sog. "reciprocity"-Fälle

Die dritte Gruppe konglomerater Zusammenschlüsse, die wettbewerbsrechtlich relevant erscheinen, sind Fälle, in denen die sich zusammenschließenden Unternehmen in einer solchen Weise vertikal verbunden sind, daß sie dritte Unternehmen, die tatsächliche oder potentielle Zulieferer des einen und tatsächliche oder potentielle Abnehmer des anderen Unternehmens sind, zu Gegenkäufen

484) Vgl. die "merger guidelines", a. a. O., Nr. 18, S. 21-23 und Turner, a. a. O., S. 1362 - 1386, insbesondere S. 1369. Nur sehr zurückhaltend wird in den guidelines zu den von der konglomeraten Konzentration ausgehenden "deep pocket"-Gefahren Stellung genommen, vgl. die "merger guidelines", a. a. O., Nr. 20, S. 25 - 26.

zwingen und insoweit Wettbewerb ausschließen können. Die Gefahr des Gebrauchmachens von der Gelegenheit zu solchen Gegenkäufen erscheint dann besonders groß, wenn das am Zusammenschluß beteiligte "Abnehmerunternehmen" über eine große Nachfragemacht bei seinen Lieferanten verfügt und diese wiederum auf den Bezug eines beträchtlichen Teils (substantial share) des Produkts angewiesen sind, das das am Zusammenschluß beteiligte "Lieferunternehmen" auf den Markt bringt. Diese Gefahr gilt als besonders schwerwiegend, wenn der mit Wahrscheinlichkeit durch Gegenkäufe beeinträchtigte Markt ohnehin schon stark konzentriert ist. Dies machte der Consolidated Foods-Fall deutlich.

Ergänzend sei auch hier auf die insoweit aufgestellten Eingriffsvoraussetzungen der "merger guidelines" verwiesen. Danach wird eine Gefahr für "reciprocal buying" immer dann angenommen, wenn mindestens etwa 15 % der gesamten Bezüge auf dem Markt, auf dem das eine am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen als Lieferant auftritt, auf Unternehmen entfallen, die auf solchen Märkten als wesentliche Anbieter tätig sind, auf denen das andere am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen als bedeutender Käufer auftritt. Darüberhinaus sollen, unabhängig von den quantitativen Voraussetzungen alle Zusammenschlüsse angegriffen werden, die von vornherein den Zweck verfolgen, die Schaffung von Gegengeschäftsbeziehungen zu erleichtern. 485)

d) Die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen:

Als wettbewerbsbeschränkende Wirkungen, die von der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen ausgehen können, werden im wesentlichen der Ausschluß potentiellen Wettbewerbs angesehen, sowie die Möglichkeit, daß ein unabhängig vom Gemeinschaftsunternehmen zwischen den Partnerunternehmen herrschender Wettbewerb als Folge der gemeinsamen Tätigkeit im Rahmen des Gemeinschaftsunternehmens ebenfalls zum Erliegen kommt bzw. ein denkbarer Wettbewerb zwischen den Partnern und dem Gemeinschaftsunternehmen erst gar nicht zur Entstehung gelangt (sog. Gruppeneffekt). Dies wurde durch den Penn-Olin-Fall deutlich.

485) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 19, S. 23 - 25.

E. Kritik und Ausblick

1. Dieser Überblick über den gegenwärtigen Stand der amerikanischen Rechtsprechung zu Sec. 7 Clayton Act hat gezeigt, daß man in den Vereinigten Staaten in zunehmendem Maße versucht hat, die vielfältigen Probleme, die die Beurteilung der Rückwirkung von Unternehmenszusammenschlüssen auf den Wettbewerb aufwirft, unter dem Gesichtspunkt der Marktstrukturveränderung in den Griff zu bekommen. Von daher wurde es möglich, sich bei der Beurteilung der Wettbewerbsfolgen von Zusammenschlüssen auf einige wenige Marktstrukturkriterien zu beschränken und demgegenüber Marktverhaltens- und Marktergebnisgesichtspunkte weitgehend in den Hintergrund treten zu lassen. Diese formalisierende Betrachtungsweise erlaubte schließlich die Erstellung eines umfassenden Systems von aufeinander abgestimmten, generellen Beurteilungsregeln für die zukünftige Behandlung von Einzelfällen, was die Entscheidungspraxis einfacher und einheitlicher und den Ausgang der Verfahren vorhersehbar macht.

Indessen bleibt auch insoweit, schon bedingt durch die weiter bestehende Notwendigkeit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie relevanter Markt, potentieller Wettbewerb etc., ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit zurück. Dies wird sich aber naturgemäß nie ganz beheben lassen. Offen bleibt weiter, ob mit dieser generellen Vorgehensweise im Einzelfall immer ein sachgerechtes Ergebnis erzielt werden kann. Richtig dürfte sein, daß, macht man wirklich ernst mit der Durchsetzung einer umfassenden Antikonzentrationspolitik, diese Verfahrensweise, jedenfalls nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand, die optimalste Lösung darstellt, und daß die eine oder andere Fehlentscheidung im Interesse der Realisierung der allgemeinen wettbewerbspolitischen Zielsetzungen hinzunehmen ist.

2. Auf eine Widersprüchlichkeit der Rechtsprechungspraxis zu Sec. 7 soll an dieser Stelle noch hingewiesen werden. Wie eingangs bei der Darstellung der Ziele der amerikanischen Antitrustpolitik festgestellt, sind es zwei Komponenten, die diese Politik bestimmen: die wirtschaftspolitische der Aufrechterhaltung einer Wettbewerbsordnung und die sozialpolitische der Erhaltung eines möglichst breiten Mittelstandes kleinerer Unternehmen (small business). In der Argumentation einer Reihe von "merger"-Entscheidungen werden nun diese beiden Zielsetzungen in einer sich gegenseitig ausschließenden Weise verfolgt. Einmal wird die Erhaltung des Wettbewerbs postuliert, was voraussetzt, daß erst einmal wettbewerbsfähige Unternehmenseinheiten vorhanden sind. Gleichzeitig wird aber die Erhaltung einer Vielzahl kleiner, unabhängiger, im Eigentum der Unternehmer selbst bleibender Unternehmen angestrebt, selbst wenn dies, wie ausdrück-

lich betont wird, auf Kosten einer geringeren Leistungsfähigkeit derselben geht. [486] Dieser Zielkonflikt wird noch deutlicher, wenn mit einem Zusammenschluß verbundene "economies" nicht nur nicht als Rechtfertigung derselben betrachtet, sondern, wie dies in einigen Entscheidungen der Federal Trade Commission geschehen ist [487], sogar zum Gegenstand eines Vorwurf gemacht werden mit dem Argument, daß durch die mit dem Zusammenschluß erreichten Kostenvorteile kleinere, weniger leistungsfähige Wettbewerber in unzumutbarer Weise benachteiligt würden. [488]

Turner [489] bezeichnet diese Begründungsweise nicht nur als "bad economics", sondern schlechthin als "bad law". Für ihn besteht die einzig sachgerechte Lösung darin, daß einer an der Erreichung optimaler Unternehmenseinheiten orientierten Wettbewerbspolitik der absolute Vorrang einzuräumen und demgegenüber die Mittelstandspolitik nachzuordnen ist. Dem "small business" müsse auf andere, wirkungsvollere Weise, z.B. durch finanzielle Hilfen und Steuererleichterungen, geholfen werden. Allerdings setzt sich auch Turner nicht dafür ein, daß es erlaubt

---

486) Vgl. z.B. schon Judge L. Hand in U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416, 429 (2d Cir. 1945), insbesondere aber Chief Justice Warren in Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294, 344 (1962) und Justice Black in U.S. v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270, 278 - 279 (1966); vgl. dazu ferner Bork & Bowman, The Crisis in Antitrust, Fortune, Dec. 1963, S. 138, 197 und den Dialog zwischen Bork - Bowman und Blake - Jones in: The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy, 65 Col. L. Rev. 363 - 466 (1965) sowie Markham, Current Decisions in Antitrust, 12 Antitrust Bull. 851, 863 (1967). Vgl. weiter Schmidt, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, 699, 724 und Harms, Conglomerate mergers im Antitrustrecht, WuW 1966, 865, 876, der diese Argumentation der Gerichte unserer Auffassung nach nicht ganz zutreffend als eine nicht mehr zeitgemäße Apologie auf das inzwischen als "Schlafmützenkonkurrenz" abgetane Modell der vollkommenen Konkurrenz bezeichnet.

487) Vgl. In the matter of Foremost Dairies, Inc., 60 FTC 944, 1084 (1962) und In the matter of Procter & Gamble, 1963 Trade Cases, transfer binder, Par. 16, 673.

488) So gesehen ist die "deep pocket"-Theorie also sehr angreifbar. Bemerkenswert ist, daß sie der Supreme Court bisher so nicht angewandt hat, auch nicht im Procter & Gamble-Fall (vgl. oben S. 132 f.), und daß FTC Commissioner Elman, der selbst die Procter & Gamble Entscheidung der FTC formuliert hat, dem "deep pocket"-Argument keine die Entscheidung tragende Bedeutung beimißt (vgl. Elman, Clorox and Conglomerate Mergers, 36 ABA Antitrust L. J. 23, 26 - 27 (1967)).

489) Turner, Conglomerate Mergers, a.a.O., S. 1324.

sein sollte, im Einzelfall mit einem Zusammenschluß verbundene "economies" als Rechtfertigungsgrund vorzubringen, wie dies u.a. sehr nachdrücklich von Justice Harlan im Procter & Gamble-Fall gefordert wird. Vielmehr ist er der Auffassung, daß die Möglichkeit durch Zusammenschlüsse zu erreichender "economies" bereits bei der Abfassung der generellen Eingriffsvoraussetzungen nach Sec. 7 Clayton Act zu berücksichtigen sei. [490] Dies stimmt im übrigen mit der diesbezüglichen Argumentation der merger guidelines des Justizministeriums überein. [491] Es bleibt abzuwarten, welche Erfahrungen man damit in der Praxis macht.

3. Fragt man sich abschließend, inwieweit die insbesondere in den letzten Jahren sehr rege Rechtsprechungsaktivität zu Sec. 7 Clayton Act es vermocht hat, die amerikanische Wirtschaftsstruktur wesentlich zu verändern, so ist zu unterscheiden:

a) Soweit die Bildung neuer Marktmacht betroffen ist, erwies sich das entschlossene Gebrauchmachen von den mit Sec. 7 eröffneten Einwirkungsmöglichkeiten auf die Unternehmenskonzentration zumindest als ein Teilerfolg: Zwar befindet sich die amerikanische Wirtschaft gegenwärtig wieder in einem Konzentrationsprozeß größten Ausmaßes [492], immerhin ist aber der Anteil der horizontalen und mit einer gewissen Verzögerung auch der der vertikalen Zusammenschlüsse daran beständig zurückgegangen. [493] Aufgrund der zunehmend

490) A.a.O., S. 1326 - 1339.

491) Vgl. die "merger guidelines", a.a.O., Nr. 10, 16 und 19 (c).

492) Die Zahl der Zusammenschlüsse pro Jahr im Bergbau und in der Industrie ist seit 1950 ständig gewachsen: 1950 waren es 219, 1955 683, 1960 844, 1965 1008, 1966 995 und 1967 waren es schließlich sogar 1496 Zusammenschlüsse. Für Zusammenschlüsse größeren Umfangs (Wert des erworbenen Betriebsvermögens mindestens 10 Mill. Dollar) lautete diese Zahlenreihe 4 im Jahre 1950, 68 1955, 62 1960, 93 1965, 101 1966 und 155 schließlich im Jahre 1967 (vgl. dazu Federal Trade Commission, News Release, March, 18, 1968, S. 6 f. sowie WuW 1969, 17 ff.). Einer Pressemeldung zufolge soll die Gesamtzahl der Zusammenschlüsse in Bergbau und Industrie 1968 sogar auf 4003 angestiegen sein und 1969 voraussichtlich noch weiter wachsen, vgl. FAZ, v. 14.4.1969, S. 13.

493) War der Prozentsatz an der Zahl der großen horizontalen und vertikalen Zusammenschlüsse (Wert des erworbenen Betriebsvermögens mindestens 10 Mill. Dollar) in den Jahren 1948 - 1953 noch 31 % bzw. 10 %, so waren es zwischen 1960 und 1964 12 % bzw. 17 % und im Jahre 1967 schließlich nur noch 9 % bzw. 8 % (vgl. FTC, a.a.O., S. 9 und Mueller in: Economic Concentration, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committe on the Judiciary, United States Senate, Part 2, 1965, S. 516).

verschärften Eingriffsvoraussetzungen gegenüber horizontalen und vertikalen Zusammenschlüssen hatte sich die Zusammenschlußaktivität der amerikanischen Unternehmen mehr und mehr auf konglomerate Verbindungen verlagert. Mit einem Anteil von 76 %, gemessen an dem durch Zusammenschlüsse in den Jahren 1963-1967 betroffenen Betriebsvermögen, beherrschen sie das Bild der gegenwärtigen Konzentrationsaktivität in der amerikanischen Wirtschaft. [494] Sie sind zum Sorgenkind Nr. 1 der amerikanischen Antritrustpolitik geworden. [495] Besonderes Kopfzerbrechen bereiten insoweit die sog. "pure conglomerates", Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen also, die in keinerlei Beziehung zueinander stehen und die bisher überhaupt noch nicht von Sec. 7 Clayton Act erfaßt werden. Ein Beispiel besonders erfolgreicher Konzentrationsaktivität dieser Art ist der Fall Litton Industries. Diesem Unternehmen gelang es unbehelligt durch die Antitrustbehörden innerhalb von 10 Jahren in 70 Zusammenschlüssen ein Betriebsvermögen von über 400 Mill. Dollar zu akkumulieren. [496]

Neue empirische Untersuchungen sollen dazu beitragen, die wettbewerbsrechtlich relevante Problematik dieser Zusammenschlußformen weiter zu erhellen. [497]

---

494) Vgl. FTC, a.a.O., S. 9. Auf das Jahr 1967 bezogen ist diese Zahl mit 80% noch eindrucksvoller. Interessant ist, daß unter den konglomeraten Zusammenschlüssen wiederum die vom sog. "product extension"-Typ die größte Rolle spielen: Von den 1967 erfolgten 155 großen Zusammenschlüssen waren 128 konglomerater Art, davon gehörten wiederum 94 dem sog. "product extension"-Typ an, während solche vom "market extension"-Typ in diesem Jahr überhaupt nicht erfolgt waren (vgl. FTC, a.a.O., S. 8). Vgl. zu den Konzentrationstendenzen in den USA insgesamt Vogel in: Unternehmenskonzentration in der westlichen Welt, 1967, S. 43 - 49.

495) Vgl. dazu Edwards, The Changing Dimensions of Business Power in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe f. H. Kronstein, 1967, S. 237 ff. und Davidow, Conglomerate Concentration and Section Seven: The Limitations of the Antimerger Act, 68 Col. L. Rev. 1231 (1968).

496) Vgl. Davidow, a.a.O., S. 1270.

497) Vgl. dazu Federal Trade Commission, News Release, July 9, 1968: "Federal Trade Commission announces in-depth investigation of conglomerate merger movement" und entsprechende Andeutungen des Department of Justice in den "merger guidelines", a.a.O., Nr. 20 a.E., S. 26. Als ein erstes Ergebnis dieser Bemühungen ist die Einführung einer Meldepflicht für Großfusionen bei der Federal Trade Commission anzusehen, vgl. FAZ, v. 14.4. 1969, S. 13. Danach sind alle Zusammenschlüsse meldepflichtig, die die Vereinigung eines Betriebskapitals von 250 Mill. Dollar und mehr zur Folge haben. Größere Unternehmen haben dagegen schon den Erwerb von nur 10 % des stimmberechtigten Kapitals von Firmen mit Aktiva von 10 Mill. Dollar und mehr anzuzeigen.

In der Zwischenzeit bleibt abzuwarten, welche Rückwirkungen die Procter & Gamble-Entscheidung des Supreme Court und die merger guidelines des Justizministeriums auf die konglomerate Zusammenschlußaktivität haben werden.[498]

b) Läßt sich demnach feststellen, daß sich, soweit die Rechtsprechungsaktivität im Rahmen von Sec. 7 gegen die Entstehung neuer Marktmacht gerichtet war, erste Erfolge abzeichnen[499], so fällt diese Feststellung weit schwerer, soweit man die überkommenen Marktstellungen in Betracht zieht. Noch immer ist das Bild beispielsweise des amerikanischen Automobil-, Zigaretten-, Reifen- oder Spirituosenmarktes durch die dominierende Stellung der "Big Three" oder "Big Four" beherrscht. Hier erweist sich, daß es noch relativ einfach sein mag, im Rahmen einer präventiven Fusionskontrolle für die Zukunft ins Auge gefaßte bzw. gerade vollzogene Zusammenschlüsse zu verbieten, daß es aber, selbst in einem Land mit einer so ausgeprägten Antitrusttradition wie in den Vereinigten Staaten, sehr schwer ist, die auf vielen Märkten bestehende, auf Versäum-

---

498) Gerade insoweit wurde ja den so sehr im Vordergrund der Zusammenschlußaktivität stehenden "product extension mergers" der Kampf angesagt.

499) In diesem Zusammenhang ist auch der Hinweis von Mueller, Merger Policy in the Dairy Industry, 12 Antitrust Bull. 73, 96 (1967), von Interesse, daß beispielsweise auf dem Markt für Milchprodukte durch die Einwirkung der FTC, insbesondere durch ihre Entscheidung in der Sache Beatrice Foods, Docket No. 6653, April 26, 1965, die Zusammenschlußtätigkeit zwischen größeren Unternehmen nahezu zum Stillstand gekommen sei, während die Zahl gewünschter Zusammenschlüsse zwischen kleinen und ganz kleinen Unternehmen leicht zugenommen habe. Zwischen 1950 und 1955 seien noch 71 große Zusammenschlüsse pro Jahr erfolgt, zwischen 1956 und 1961 seien es 28 pro Jahr gewesen und seit 1962 seien es nur noch jährlich 4.
Ähnlich war die Rückwirkung der Philadelphia Bank - Entscheidung von 1963 auf die Zusammenschlußtätigkeit in der Bankbranche: Während die Zahl der seit 1963 erfolgten Bankzusammenschlüsse etwa konstant blieb, ging die Größe der daran beteiligten Banken merklich zurück. Zwischen 1960 und 1963 lag die Durchschnittsgröße der erworbenen Banken gemessen an der Höhe der Einlagen bei etwa 23,4 Mill. Dollar, 1964 fiel diese Größe auf 17,1 Mill. Dollar zurück und 1966 betrug sie nur noch 12,1 Mill. Dollar. Ebenso fiel die Durchschnittsgröße der erwerbenden Banken zwischen 1963 und 1966 von 314 Mill. auf 168 Mill. zurück (vgl. dazu Hammond, The Philadelphia National Bank Doctrine - A Verification, 36 ABA Antitrust L. J. 13, 17 (1967), und Statistics derived from Fed. Dep. Ins. Corp., Annual Reports, 1960-1966, Part 1, Supervisory Activities).

nissen aus vergangener Zeit beruhende hohe Konzentration [500] durch direkte Eingriffe wieder rückgängig zu machen. [501] Abgesehen vom fehlenden politischen Willen, dies durchzusetzen,und den praktischen Schwierigkeiten, die bei der Durchführung eines solchen Programms auftreten würden, ist dafür, wie Turner [502] und sein Nachfolger im Amt des Leiters der Antitrustabteilung im amerikanischen Justizministerium Zimmermann [503] einräumen, auch gegenwärtig noch nicht das geeignete rechtliche Instrumentarium entwickelt worden. Der in der DuPont-GM-Entscheidung beschrittene Weg, im Rahmen von Sec. 7 Clayton Act die im Zeitpunkt der Entscheidung auftretenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Unternehmensverbindung zum Anlaß der Annullierung des 30 Jahre zurückliegenden Zusammenschlußvorgangs zu nehmen [504], scheint auf diesen speziellen Fall beschränkt zu bleiben. Der Vorschlag einer Aktivierung von Sec. 2 Sherman Act, den Turner an anderer Stelle gemacht hat [505], in der Weise, daß jedes Unternehmen, das auf einem stark oligopolistischen Markt eine einflußreiche Position erreicht hat, schon dann gegen den einfachen "monopolizing"-Tatbestand in Sec. 2 Sherman Act verstößt, wenn wenigstens teilweise die Erlangung dieser Position auf Zusammenschlußvorgänge zurückgeht, was praktisch auf eine Gleichsetzung von Monopolisierung mit Oligopolisierung hinausläuft, hat bisher ebenfalls keine Resonanz gefunden.

c) Angesichts dieser Schwierigkeiten, die sich einer direkten Zerschlagung bestehender, stark konzentrierter Marktstrukturen entgegenstellt, gewinnt ein

---

500) Vgl. dazu Weston, The Role of Mergers in the Growth of Large Firms, 1961, S. 49: "Although the absolute size of present day oligopolists is due only in small part to either earlier or later acquisitions, the relative position of these firms is accounted for mainly by the merger movement at the turn of the century."

501) Vgl. dazu Stigler, Die Wandlung des Oligopolproblems, Ordo XVIII, 1967, S. 65, 70 und Singer, Antitrust Economics, a.a.O., S. 134. Ganz ohne Zweifel ist darin eine Diskriminierung der neuen gegenüber den alten Oligopolunternehmen zu sehen.

502) The Merits of Antimerger Policy - A Reply to Prof. Galbraith, 19 Case W. Res. L. Rev. 201, 209 - 210 (1968).

503) Views from the Antitrust Division, Speech before the Antitrust Section of the ABA, Philadelphia, August 7, 1968, S. 9.

504) Vgl. oben S. 111 f.

505) Symposium - Antitrust Report from Official Washington, 30 ABA Antitrust Section 100, 107 (1966). Vgl. dazu oben S. 85.

anderer, indirekter Weg, das Ziel der Dekonzentration solcher Märkte zu erreichen, an Wichtigkeit: nämlich der der Förderung des selbständigen Eintritts neuer Unternehmen in diese Märkte. [506] Hierin liegt, wie wir gesehen haben, die besondere Bedeutung der Kontrolle vertikaler und insbesondere konglomerater Zusammenschlüsse. [507] Indem man den in besonderem Maße markteintrittsfähigen Unternehmen (potentielle Wettbewerber) die Möglichkeit nimmt, den betreffenden Markt auf dem bequemeren Zusammenschlußwege zu betreten, was nur die schon vorhandene Struktur dieses Marktes weiter zementieren würde, hofft man darauf hinwirken zu können, daß diese Unternehmen ihr Vorhaben nunmehr auf dem Wege innerer Expansion zu verwirklichen suchen, womit jeweils eine neue Wettbewerbseinheit auf diesen Märkten geschaffen würde. Ob sich allerdings auf diese Weise allein eine nachhaltige Dekonzentration der einzelnen Märkte erreichen lassen wird, darf bezweifelt werden. [508]

506) Diese Konzeption geht wie schon ausgeführt auf Bain, Barriers to New Competition, 1956, zurück, vgl. insoweit insbesondere S. 205 - 220 und oben S. 129 Anm. 427.

507) Vgl. dazu Zimmermann, a.a.O., S. 10 f.

508) Eine der Schwierigkeiten, die sich insoweit ergibt, ist die Tatsache, daß viele konzentrierte Märkte bereits von sehr hohen Marktzugangsschranken umgeben sind, durch die der Zutritt erschwert, wenn nicht überhaupt ausgeschlossen wird und die abzubauen ein bisher noch weitgehend ungelöstes Problem darstellt (vgl. dazu Bain, a.a.O., S. 208 - 217 und oben Anm. 427 sowie Brodley, Oligopoly Power, a.a.O., S. 359 f.). Auch Bain sieht daher in dieser Maßnahme nur eine Methode unter anderen, um eine Dekonzentration der Märkte zu erreichen (a.a.O., S. 218).

TEIL 3:
DIE BEURTEILUNG VON UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSEN NACH ART. 86 EWGV

VORBEMERKUNG

Art. 86 verbietet die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ein Unternehmenszusammenschluß kann daher, wie schon im ersten Teil dieser Arbeit ausgeführt, nur dann von Art. 86 EWGV erfaßt werden, wenn er sich als eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben darstellt. Ob und in welchem Ausmaß Art. 86 unter diesen Voraussetzungen als wirksames Instrument zur Kontrolle einer übermäßigen Unternehmenskonzentration herangezogen werden kann, wird wesentlich davon abhängen, welche Anforderungen an die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift zu stellen sind. Es erscheint daher zweckmäßig, zunächst einmal diese Tatbestandsvoraussetzungen näher zu untersuchen. Erst dann wird der mögliche Anwendungsbereich von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse voll erkennbar sein. Erst dann wird auch ersichtlich sein, inwieweit die aus der Anwendung von Sec. 2 Sherman Act bzw. Sec. 7 Clayton Act auf Unternehmenszusammenschlüsse gewonnenen Erkenntnisse auf Art. 86 übertragbar sind. Dabei wird schon jetzt deutlich, daß Sec. 2 Sherman Act Art. 86 tatbestandsmäßig sehr viel näher steht als Sec. 7 Clayton Act.

Diese Vorgehensweise wird darüberhinaus eine bessere Beurteilung der bisher in der Literatur zur Anwendung von Art. 86 vorgebrachten Lösungsvorschläge ermöglichen. Gerade insoweit wird sich nämlich zeigen, daß infolge einer Fehleinschätzung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 86 die Einsatzmöglichkeiten dieser Norm als eines Antikonzentrationsinstruments vielfach unterschätzt, teilweise aber auch überschätzt werden.

Im folgenden soll daher in der im Rahmen einer rechtsvergleichenden Arbeit gebotenen Kürze auf die für Art. 86 wesentlichen Tatbestandserfordernisse - relevanter Markt, beherrschende Stellung, mißbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung und Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels - eingegangen werden. Dabei wird dem Mißbrauchsbegriff in Art. 86 besondere Beachtung zu schenken sein. Dem wird eine Darstellung der bisher in der Literatur vorgenommenen Auslegungsversuche zu Art. 86 im Hinblick auf seine Anwendbarkeit auf Unternehmenszusammenschlüsse folgen. Eine kritische Würdigung dieser Lösungsvorschläge

im Lichte der aus der amerikanischen Entwicklung gewonnenen Erkenntnisse wird sich daran anschließen. In einer abschließenden Betrachtung sollen mögliche Ansätze zu einer befriedigenderen Lösung des Problems aufgezeigt werden.

§ 1 DIE TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN VON ART. 86 EWGV IM ALLGEMEINEN [1]

I. Die Abgrenzung des relevanten Marktes [2]

Die Ausübung der Macht und, als Folge davon, die Beschränkung des Wettbe-

---

1) Vgl. dazu allgemein v. d. Groeben - v. Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. I, 1958; Wohlfahrt - Everling - Glaesner - Sprung, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960; Baumbach - Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., 1959, Anh. GWB Art. 86 EWGV; Spengler, Kartellrecht der EWG, Erläuterung, in: Gemeinschaftskommentar zum GWB, 2. Aufl., 1963; Deringer, Das Wettbewerbsrecht der EWG, Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (Art. 85 - 94), ab 1962; Gleiss - Hirsch, EWG-Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl., 1965; Quadri - Monaco - Trabucchi, Commentario CEE, Trattato Istitutivo della Communità Economica Europea, 1965; Langen, Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art. 86 des EWG-Vertrages, 1959; Houssiaux, Concurrence et Marché Commun, 1960; v. Gamm, Das Kartellrecht im EWG-Bereich, 1961; Kleemann, Die Wettbewerbsregeln der EWG, 1962; Blaise, Le statut juridique des ententes économiques dans le droit francais et le droit des Communautés européennes, 1964; Samkalden - Druker, Legal Problems Relating to Art. 86 of the Rome Treaty, C.M.L. Rev. 1965 - 66, S. 158 ff.; Schmidt, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 1965, S. 453 ff.; Ellis, Enkele aantekeningen bij Art. 86 van het EEG-Verdrag in: S.E.W. 1965, S. 317 ff.; Franceschelli-Plaisant-Lassier: Droit européen de la concurrence, Art. 85 à 89 du Traitè de CEE, 1966.

2) Auch wenn hier und im folgenden der begrifflichen Klarheit wegen zwischen Marktabgrenzung, Bestimmung der Marktbeherrschung und dem Mißbrauch der beherrschenden Stellung unterschieden wird, so wird doch nicht verkannt, daß mit der Marktabgrenzung meist auch schon über die Marktbeherrschung entschieden wird (vgl. Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen, 1959, S. 11 f. und Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 376) und daß sich umgekehrt aus dem Vorliegen einer bestimmten Mißbrauchshandlung auf das Vorhan-

werbs erfolgt nicht abstrakt, sondern immer nur konkret, bezogen auf einen bestimmten wirtschaftlichen Bereich, den relevanten Markt. Obwohl der Wortlaut von Art. 86 EWGV nur auf eine räumliche Abgrenzung dieses relevanten Marktes hinzuweisen scheint, kann doch kein Zweifel bestehen, daß eine solche Abgrenzung auch in sachlicher und zeitlicher Hinsicht vorzunehmen ist. [3] Die sachliche Abgrenzung hat dabei den Vorrang vor der räumlichen und zeitlichen Begrenzung. [4]

1. Die sachliche Abgrenzung:

Zur sachlichen Abgrenzung des Marktes werden in der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie im wesentlichen zwei Konzepte genannt: das sog. Industrie-Konzept, wonach nur physikalisch - technisch gleiche Güter einen Markt bilden können, und das Substitutionskonzept, das auf die ökonomische Gleichartigkeit der Güter abstellt. [5] Dabei besteht weitgehend Einigkeit, daß nur das zweite Konzept für die Zwecke des Wettbewerbsrechts brauchbare Abgrenzungskriterien liefern kann. [6]

Im Rahmen des zweiten Konzepts stellt sich aber die schwierige Frage, welchen Elastizitätsgrad gleichartige Güter in ihren Substitutionsbeziehungen erreichen müssen, um noch als dem gleichen Markt zugehörig angesehen werden zu können, sowie die Frage, wie dieser Elastizitätsgrad zu messen ist.

Nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept gehören alle Güter zum gleichen Markt, die aus der Sicht des Verbrauchers oder Abnehmers für die Befriedigung eines

---

Fortsetzung der Fußn. 2) von S. 167:
densein einer beherrschenden Stellung schließen läßt (vgl. Steindorff, Hindernisse aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. Nr. 109, S. 186 ff., 201 (1968), oben und im folgenden "Referat" genannt).

3) Vgl. Deringer, a.a.O., Art. 86 Anm. 10; Schwenk, Der Marktbegriff, WuW 1960, 3 ff., 9; Beckmann, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, 1968, S. 124 ff.

4) Vgl. Borchardt - Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957, S. 53.

5) Vgl. Günther, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1960, S. 4 f.; Borchardt-Fikentscher, a.a.O., S. 54 ff., 56 und Schmidt, a.a.O., S. 454.

6) Vgl. die Literaturhinweise in Anm. 5 sowie Deringer, a.a.O., Art. 86 Anm. 16, 17.

bestimmten Bedürfnisses bzw. für die Erfüllung bestimmter Zwecke ohne weiteres alternativ verwendbar, d.h. funktionell austauschbar sind. [7] Nach anderer Auffassung soll für die Intensität der Substitutionsbeziehung die Kreuzpreiselastizität der Nachfrage maßgeblich sein, die in dem Verhältnis zum Ausdruck kommt, in dem die Absatzmenge eines Gutes A relativ zurückgeht, wenn der Preis des entsprechenden Gutes B eines anderen Produzenten relativ gesenkt wird. [8] Eine wieder andere Meinung möchte wesentlich auf die Verkehrsauffassung abstellen. [9] Schließlich wird die Auffassung vertreten, es komme bei der Beurteilung der Substitutionsbeziehungen weniger auf die morphologische Struktur von Angebot und Nachfrage, als mehr auf die Einschätzung der Verhältnisse an, wie sie in den subjektiven Wirtschaftsplänen der betreffenden Unternehmen zum Ausdruck kommt. [10]

Keines dieser Konzepte kann unfehlbare Kriterien für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes liefern. In jedem Fall verbleibt für die Entscheidung, ob im konkreten Fall ein bestimmtes Gut in den Markt einbezogen werden soll oder nicht, ein weiter Ermessensspielraum, was einen erheblichen Unsicherheitsfaktor darstellt. Dies gilt auch für das zuerstgenannte Bedarfsmarktkonzept. Dennoch hat gerade dieses Konzept allgemeine Anerkennung gefunden [11], wohl insbesondere deswegen, weil es noch die brauchbarsten konkreten Anhaltspunkte bei der Feststellung von Substitutionsbeziehungen zwischen einzelnen Wirtschaftsgütern liefert und gleichzeitig nicht unpraktikabel in der Handhabung ist. Eine bevorzugte Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts schließt jedoch die hilfsweise Heranziehung der anderen Abgrenzungskriterien nicht aus. [12]

---

7) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 454 f. mit Hinweisen auf Abbott und Arndt.

8) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 455 f. mit Hinweis auf Triffin.

9) Vgl. Meyer - Cording, Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsproblem, 1954, S. 31.

10) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 456 f. mit Hinweis auf Eucken, Machlup und Schneider.

11) Vgl. Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 53 ff., 58; Günther, a.a.O., S. 19 u. 23; Schmidt, a.a.O., S. 458; Deringer, a.a.O., Art. 86 Anm. 17; Ellis, a.a.O., S. 329; Samkalden - Druker, a.a.O., S. 171 f.; für § 22 GWB vgl. Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, § 22 Anm. 22 und 29; Sandrock, a.a.O., S. 364 ff., 377, der insoweit den Begriff der "fühlbaren Beweglichkeit der Nachfrage" geprägt hat; ferner Beckmann, a.a.O., S. 136 ff. sowie neuerdings das Bundeskartellamt im Beschluß vom 2.10.1967, WuW/E BkartA 1189, 1191 (Handpreisauszeichnungsgerät). Vgl. außerdem KG in WuW/E OLG 461, 463 (Reifenfall).

12) Vgl. die Literaturhinweise in Anm. 11.

Die Diskussion um ein geeignetes Verfahren zur Bestimmung des relevanten Marktes wurde sehr wesentlich durch die amerikanischen Erfahrungen auf diesem Gebiet mitbestimmt. [13]

Auch im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten bedient man sich, wie wir im rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit gesehen haben, des Substitutionskonzepts, insbesondere in Gestalt des sog. "reasonable interchangeability-test". [14] Zu welch unterschiedlichen Ergebnissen die amerikanische Rechtsprechung bei der Anwendung dieses Marktabgrenzungstests im Rahmen von Sec. 2 Sherman Act, nur diese Vorschrift ist, wie noch zu zeigen sein wird, direkt mit Art. 86 EWGV vergleichbar, gekommen ist, zeigten die Cellophane- und die Grinnell-Entscheidung des Supreme Court. [15] Im ersten Fall bestimmte das Gericht einen Markt, der außer Zellophan alle anderen flexiblen Verpackungsmaterialien mit einschloß, obwohl sich diese in Preis, Eigenschaften und Verwendungsmöglichkeiten teilweise erheblich von Zellophan unterschieden. Im zweiten und neueren Fall aus dem Jahre 1966 dagegen entschied das Gericht, daß ein bestimmtes automatisches Alarmsystem sich aufgrund seiner besonderen technischen und organisatorischen Vorzüge so sehr von den anderen auf dem Markt angebotenen Systemen abhebe, daß es einen eigenen Markt bilde. Das Gericht stellte insoweit ausdrücklich fest, daß die engeren, bis dahin nur unter Sec. 7 Clayton Act angewandten Marktabgrenzungstests (vgl. z.B. den in der DuPont-GM-Entscheidung entwickelten "peculiar characteristics and uses test" [16]) auch im Rahmen von Sec. 2 Sherman Act ihre Gültigkeit hätten. Diese neuere Entwicklung in der Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act legt es nahe, im Interesse eines wirksamen Wettbewerbsschutzes auch für die Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts im Rahmen von Art. 86 EWGV strenge Maßstäbe zu fordern, d.h. es sollten nur solche Güter dem gleichen Markt zugeordnet werden, die sich nach ihren besonderen Eigenschaften, ihrem besonderen wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, daß sie ohne weiteres untereinander austauschbar sind. [17]

---

13) Vgl. Günther, a.a.O., S. 8 ff. und Schwenk, Der Marktbegriff, WuW 1960, 3.

14) Vgl. zu Sec. 2 Sherman Act oben S. 82 und zu Sec. 7 Clayton Act oben S. 151 f.

15) Vgl. oben S. 53 f. bzw. S. 70.

16) Vgl. dazu oben S. 112 f.

17) In diese Richtung weist auch der bereits oben in Anm. 11 zitierte Beschluß des Bundeskartellamts zu § 22 GWB, WuW/E BkartA 1189 (Handpreisauszeichnungsgerät); übrigens die erste Entscheidung, die überhaupt zu § 22 GWB ergangen ist. Vgl. dazu auch den Tätigkeitsbericht 1967 des Bundeskartellamts, BT.-Drs. V/2841, S. 11.

2. Die räumliche Abgrenzung:

Mit den Worten "auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben" wird in Art. 86 EWGV selbst der Versuch einer Umschreibung des räumlich relevanten Marktes unternommen. Da eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt in seiner Gesamtheit kaum praktisch werden dürfte, konzentriert sich das Interesse darauf, was unter einem wesentlichen Teil desselben zu verstehen ist. Dazu haben sich im wesentlichen zwei Meinungen gebildet: Die einen sind der Auffassung, der räumlich relevante Markt müsse sich zumindest über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinweg auf das Gebiet eines zweiten Mitgliedstaates erstrecken, damit Art. 86 EWGV Anwendung finden könne. [18] Die anderen glauben, dazu reiche schon das Territorium eines einzigen Mitgliedstaates bzw. eines Teils desselben aus, wenn nur das betreffende Territorium in seiner wirtschaftlichen Bedeutung im Verhältnis zum Gemeinsamen Markt insgesamt groß genug ist, um als wesentlicher Teil desselben zu erscheinen. [19] Der letzten Auffassung ist der Vorzug zu geben, denn nicht die Tatsache, daß Hoheitsgrenzen überschritten werden, sondern allein das wirtschaftliche Gewicht, das einem bestimmten territorialen Markt gegenüber dem Gesamtmarkt zukommt, ist entscheidend für die Frage, ob ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes betroffen ist.

Als Kriterien, nach denen die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes im einzelnen zu erfolgen hat, gelten das Umsatzvolumen des oder der betreffenden Unternehmen, das Vorhandensein eines ausgebauten Verteilernetzes, dessen Erstreckung sowie andere Standortvorteile, die Frachtbelastung, die Verbrauchergewohnheiten u. a. m.

---

18) Vgl. Spengler in: Gemeinschaftskommentar, a. a. O., Anm. 44; ders., Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Vertrag, WuW 1961, 509 ff., 515; Axster, Das marktbeherrschende Unternehmen im Gemeinsamen Markt, AG 1960, 5 ff., 6; Kleemann, a. a. O., S. 56.

19) Thiesing in: v. d. Groeben - v. Boeckh, Art. 86 Anm. 6; Langen, Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art. 86 des EWG-Vertrags, 1959, S. 47; Everling in: Wohlfahrt - Everling - Glaesner - Sprung, Art. 86 Anm. 3; Würdinger, Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung, WuW 1961, 745 ff., 754; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 6; Deringer, Art. 86 Anm. 12 und Merkblatt der EWG-Kommission zu Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags und ihren DVO'en, I. Teil, II, 2.

3. Die zeitliche Abgrenzung:

Die Notwendigkeit einer zeitlichen Abgrenzung des Marktes tritt immer dann auf, wenn sich ein Unternehmen darauf beruft, nur zu bestimmten Zeiten und Gelegenheiten "marktbeherrschend" zu sein. Ganz allgemein wird zu fordern sein, daß der zeitlich relevante Markt das Merkmal einer gewissen Dauer und Kontinuierlichkeit haben muß. [20]

II. Die Bestimmung der beherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen

1. Die beherrschende Stellung als Fehlen wesentlichen Wettbewerbs

a) Art. 86 EWGV enthält selbst keine Definition des Begriffs "beherrschende Stellung". Sicher dürfte sein, daß dieser Begriff marktbezogen zu verstehen ist. Denn Beherrschung setzt notwendig ein Beherrschungsobjekt voraus. Dieses kann aber nach Sinn und Zweck von Art. 86 nur der durch die wie auch immer gearteten Wettbewerbsbeziehungen bestimmte und in der oben angedeuteten Weise zu definierende Markt sein. Darauf deutet auch der Wortlaut von Art. 86: "beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt" hin, wobei, wie schon oben ausgeführt, der Begriff Markt nicht nur im territorialen, sondern im umfassenden wirtschaftlichen Sinn zu verstehen ist. [21]

---

20) Vgl. Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 60.

21) Wie hier die EWG-Kommission in ihrem Memorandum zur Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 25, Nr. 22 und insbesondere 23; vgl. ferner Baumbach - Hefermehl, Art. 86 Anm. 2; Thiesing in: v.d. Groeben - v. Boeckh, Art. 86 Anm. 5; Everling in: Wohlfahrt - Everling - Glaesner - Sprung, Art. 86 Anm. 1; Deringer, Art. 86 Anm. 15; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 5, 6 und Günther, Relevanter Markt, a.a.O., S. 21. Zu weitgehend scheint demgegenüber die Auslegung von Mestmäcker zu sein, der unter dem Begriff "beherrschende Stellung" sowohl das Bestehen von Marktmacht als auch das Bestehen von rein finanzieller Macht ohne Marktbezug verstanden wissen will (vgl. Mestmäcker, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWGV in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift f. W. Hallstein, 1966, 322 ff., 348; wie Mestmäcker auch Houssiaux, Concurrence et Marché commun, 1960, S. 148, der ebenfalls die absolute Größe als Kriterium für eine beherrschende Stellung genügen lassen will.

Die Frage ist jedoch, welcher Grad der "Monopolisierung" eines Marktes vorliegen muß, d.h. in welchem Umfang ein oder mehrere Unternehmen eine selbständige Absatzpolitik ohne Rücksicht auf Wettbewerber betreiben können müssen, um das Vorliegen einer beherrschenden Stellung dieses oder dieser Unternehmen auf diesem Markt annehmen zu können. Da die Reichweite einer möglichen Anwendung von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse maßgeblich davon abhängt, wie hoch die Anforderungen an die Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals "beherrschende Stellung" zu stellen sind, kommt dieser Frage besondere Bedeutung zu. Art. 66 § 7 EGKSV nennt als Voraussetzung einer beherrschenden Stellung, daß das oder die betreffenden Unternehmen einem tatsächlichen Wettbewerb entzogen sein müssen. Ähnlich fordert § 22 Abs. 1 GWB, daß ein Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber sein muß bzw. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sein darf. Demgegenüber sprechen das niederländische und das belgische Wettbewerbsrecht von einem "überwiegenden Einfluß", den ein oder mehrere Unternehmen auf dem betreffenden Markt haben müssen. [22]

Bei der Untersuchung, welchen Aussagewert diesen verschiedenen Definitionen bezüglich der wettbewerblichen Voraussetzungen des Begriffs "beherrschende Stellung" beizumessen und welche dieser Definitionen bei der Auslegung dieses Begriffs im Rahmen von Art. 86 EWGV zweckmäßigerweise heranzuziehen ist, wird man von folgenden Überlegungen ausgehen müssen: Diese Vorschriften haben alle denselben wirtschaftlichen Sachverhalt zum Gegenstand. Es sollen Marktsituationen, in denen der Markteinfluß eines oder mehrerer Unternehmen in einer Weise angewachsen ist, daß der Wettbewerb als Ordnungsprinzip des Marktes versagt und die Neutralisierung wirtschaftlicher Macht nicht länger dem Markt selbst überlassen werden kann, unter staatliche Aufsicht gebracht werden, um so zu verhindern, daß die der Kontrollfunktion des Wettbewerbs entzogenen wirtschaftlichen Machtstellungen mißbräuchlich ausgenutzt werden. [23] Die Frage, von welchem Grad des Markteinflusses ab solche Machtstellungen einer

---

22) Vgl. Art. 24 des niederländischen Gesetzes über den wirtschaftlichen Wettbewerb und Art. 2 des belgischen Gesetzes gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Macht oben S. 11 f.

23) Vgl. Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen, a.a.O., S. 8 und 16 f.; Baumbach - Hefermehl, Art. 86 Anm. 2. Vgl. ferner die von Kaysen - Turner, S. 75, gegebene Definition des Begriffs Marktmacht: "A firm possesses a market power when it can behave persistenly in a manner different from the behavior that a competitive market would enforce on a firm facing otherwise similar cost and demand conditions."

Aufsicht zu unterstellen sind, beantwortet sich daher von den Voraussetzungen her, unter denen Marktmacht mißbraucht werden kann. [24] Diese Antwort ist aber, unabhängig von der jeweiligen positiven Normierung in den einzelnen Vorschriften, nur einheitlich zu geben, nämlich unter Zuhilfenahme wirtschaftswissenschaftlicher Kriterien, jedenfalls solange die einzelnen Normierungen erkennen lassen, daß sie alle Marktstellungen, die einen Mißbrauch ermöglichen, einer besonderen Aufsicht unterwerfen wollen. [25]

So gesehen ist in der Tat, wie Deringer ausführt, der überwiegende Markteinfluß i.S. des niederländischen und belgischen Gesetzes nur das Korrelat des Fehlens eines wesentlichen bzw. tatsächlichen Wettbewerbs i.S. der deutschen und der Montanunionsregelung. [26] Da Art. 86 EWGV nicht erkennen läßt, daß er den oben bezeichneten wirtschaftlichen Sachverhalt auf anderer als wirtschaftswissenschaftlicher Grundlage gelöst sehen will, ist auch in Art. 86 EWGV das Merkmal einer beherrschenden Stellung i.S. einer Marktposition zu verstehen, die Machtmißbräuche ermöglicht und - diese Definition wird im folgenden verwandt - durch das Fehlen eines wesentlichen Wettbewerbs gekennzeichnet ist. [27]

---

24) Vgl. dazu Steindorff, Referat, S. 201; Verloren van Themaat, Bericht über die Lage nach niederländischem Wettbewerbsrecht und nach den Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags auf dem 4. Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10.-13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenzen im Rahmen des EWG-Bereichs, im folgenden "Bericht" genannt, S. 13 f.

25) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 21, 22; Schmidt, a.a.O., S. 459; Sandrock, a.a.O., S. 388 f. Zum Verhältnis von Marktbeherrschung und Marktbeeinflussung im allgemeinen vgl. Meyer - Cording, a.a.O., S. 23; ders., WuW 1962, 473, 474 und Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 50.

26) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 22; vgl. ferner Samkalden - Druker, a.a.O., S. 175 f. sowie Del Marmol, La protection contre les abus de puissance économique en droit belge, 1960, S. 129 - 132.

27) Vgl. dazu Deringer, Art. 86 Anm. 21; Baumbach - Hefermehl, Art. 86 Anm. 2; Everling in: Wohlfahrt - Everling, Glaesner - Sprung, Art. 86, Anm. 1; Langen, a.a.O., S. 45; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 5; v. Gamm, a.a.O., S. 34; Schmidt, a.a.O., S. 459; Ellis, a.a.O., S. 329; Günther, Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im EWG-Vertrag in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1967, S. 111 ff., 128; Sandrock, a.a.O., S. 388 sowie das Memorandum der EWG-Kommission zur Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 22 Nr. 4 und S. 25 Nr. 22; aA. Spengler, WuW 1961, 509, 519 und Kleemann, a.a.O., S. 54 f., die sich für die Übernahme des Begriffs des "überwiegenden Einflusses" in Art. 86 EWGV entschieden

Damit findet aber das Bestreben, die Anforderungen an die Voraussetzungen für eine beherrschende Stellung herabzusetzen, dort ein Ende, wo die sich ergebende Marktposition Verhaltensmißbräuche i.S. von Art. 86 EWGV wegen bereits wieder bestehenden wesentlichen Wettbewerbsdrucks nicht mehr zulassen würde. [28] Aus diesem Grunde sind auch dem Versuch, zur Auslegung des Begriffs der beherrschenden Stellung in Art. 86 EWGV dem in Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken zur Hilfe zu nehmen, enge Grenzen gesetzt. [29] Denn während schon die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten, nach Art. 85 Abs. 3 lit. b eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV bei im übrigen vorliegenden Voraussetzungen unmöglich macht, ist das Fehlen wesentlichen oder wirksamen Wettbewerbs, wie wir gesehen haben, gerade notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Der Rechtsgedanke aus Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV, daß wenigstens ein Mindestmaß funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt erhalten werden sollte, kann in Art. 86 EWGV daher nur insoweit Eingang finden, als im Rahmen der Möglichkeiten dieser Vorschrift darauf hinzuwirken ist, daß der "Restwettbewerb", dem eine einmal geschaffene beherrschende Stellung noch ausgesetzt sein kann, wenigstens gesichert bleibt. Dies ist eine Frage, die uns weiter unten noch beschäftigen wird. [30]

b) Zu untersuchen bleibt, wie im konkreten Fall die beherrschende Stellung bzw. das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs festzustellen ist. In Übereinstimmung

---

Fortsetzung der Fußn. 27) von S. 174:
haben, und zwar im Sinne eines qualifizierten Tatbestandselements. Danach genügt es nicht, daß das oder die betreffenden Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind. Es dürfen sich auch sonst keine Hindernisse der Machtausübung entgegenstellen, wie z.B. die Nachfragemacht der Marktgegenseite.

28) Unter diesem Gesichtspunkt ist auch der Entwurf einer Novelle zum GWB des Bundeswirtschaftsministeriums zu beurteilen, in dem u.a. die Mißbrauchsaufsicht des § 22 GWB auf marktstarke Unternehmen ausgedehnt werden soll (vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht 1967 des Bundeskartellamts, BT-Drs. V/2841, S. 3). Vgl. dazu ferner Rohloff, WuW 1968, 603 ff., 608.

29) Vgl. Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 342 ff. und unten S. 204 f.

30) Dabei wird sich zeigen, daß insoweit der Spielraum für die Anwendung des Rechtsgedankens in Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV doch noch relativ groß ist; vgl. unten S. 222 f.

mit bzw. in Anlehnung an das amerikanische Recht werden insoweit zwei Tests genannt, die einzeln oder kumulativ angewendet werden können: der Marktstruktur- und der Marktverhaltenstest. Hilfsweise und mit großem Vorbehalt kommt als dritte Ermittlungsmethode noch der Marktergebnistest in Frage. [31]

aa) Die Marktstruktur ist insofern für die Feststellung des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs von besonderem Aussagewert, als sie, jedenfalls in gewissen Grenzen, die Bedingungen für das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen setzt. Ob eine Marktstruktur zu wettbewerblichem Verhalten anregt oder nicht, hängt von verschiedenen Faktoren ab, wie z.B. der Zahl der Unternehmen auf einer Marktseite, der relativen Größe ihrer Marktanteile, dem Grad der Produktdifferenzierung und der Markttransparenz, der Möglichkeit des Zugangs zum Markt, dem Bestehen bestimmter Sitten und Gewohnheiten (Corpsgeist, Verbands- oder Branchenmoral) oder dem Willen der beteiligten Unternehmen, ihre Aktionsparameter unabhängig voneinander einzusetzen. [32]

(1) In erster Linie von Interesse sind dabei die Zahl der Unternehmen auf dem Markt und die relative Größe ihrer Marktanteile. So besteht eine, wenn auch widerlegliche Vermutung des Fehlens wesentlichen Wettbewerbs auf dem Markt, wenn ein Unternehmen über einen überwältigenden Marktanteil (gemessen an der Absatzmenge des betreffenden Gutes) verfügt, und einige wenige andere Unternehmen sich in den Rest des Marktes teilen müssen. [33] Hier wird besonders deutlich, wie entscheidend der Ausgang eines Falls von der Art und Weise der Abgrenzung des relevanten Marktes abhängen kann. Für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung ist aber nicht unbedingt ein hoher Marktanteil erforderlich. Auch ein Unternehmen mit einem geringeren Marktanteil von beispielsweise nur 30 %,

---

31) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 25 ff.; Samkalden - Druker, a.a.O., S. 173 f.; Schmidt, a.a.O., S. 461 ff.; Meyer - Cording, a.a.O., S. 35 ff.; Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 61 ff.; Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen, a.a.O., S. 8 ff.
Zum amerikanischen Recht vgl. die oben in Teil 2, § 2 I und II dargestellte Rechtsprechung sowie die Zusammenfassung auf S. 72 ff., insbesondere Anm. 257 sowie Att. Gen. Rep., S. 49 ff.

32) Vgl. zu diesen und weiteren Strukturmerkmalen: Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 63 ff.; Schmidt, a.a.O., S. 462; Bollack, Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Recht in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, 1966, S. 223 ff., 234 ff. sowie Kaysen-Turner, S. 71 ff.

33) Aus der amerikanischen Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act ist insoweit der Alcoa-Fall mit 90 %, der USM-Fall mit 75 % und der Grinnell-Fall mit 87 % Marktanteil zu nennen. In jedem dieser Fälle erschien mit diesen Prozentsätzen das Merkmal der "monopoly power" hinreichend dargetan.
Vgl. dazu oben S. 81, Anm. 262.

das im übrigen einer Vielzahl kleinerer Unternehmen mit nur unbedeutenden Marktanteilen gegenübersteht und das die Fähigkeit und den Willen zum Preisführer hat, ist insoweit marktbeherrschend. [34] Es kommt demnach nicht nur darauf an, welchen Anteil ein einzelnes Unternehmen für sich genommen am Markt hat, sondern auch darauf, in welcher Weise der Rest des Marktes aufgeteilt ist. [35]

(2) Dabei gilt für die Beurteilung von Marktanteilskriterien, was für die Beurteilung objektiver Marktfaktoren überhaupt zu gelten hat: Da Markt und Marktbeherrschung nicht statisch, sondern als ein dynamischer Prozeß zu verstehen sind, kann es nicht allein entscheidend sein, welchen Marktanteil ein Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt, z.B. zur Zeit des Prozesses hat, sondern es wird darüberhinaus aufschlußreich sein, welche Entwicklung dieses Marktdatum im Zeitablauf genommen hat. Ein ständig steigender Marktanteil bei steigenden Preisen trotz im wesentlichen gleichbleibender Kosten dürfte beispielsweise darauf hindeuten, daß eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist. [36]

(3) Schließlich darf nicht übersehen werden, daß es einen einheitlichen Begriff der beherrschenden Stellung nicht gibt, sondern daß die Anforderungen, die an diesen Begriff zu stellen sind, davon abhängen, worauf sich die beherrschende Stellung jeweils bezieht. [37] So ist der Marktanteil, der notwendig ist, um höhere Preise oder eine Liefersperre durchzusetzen, höher, als der, mit dem man einen Wettbewerber zu niedrigeren Preisen zwingen und einen Verdrängungs-

---

34) Vgl. unten S. 181 f. und Fikentscher, Unternehmenskonzentration und Meldepflicht nach den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags, DB 1966, 689, 692 sowie das Urteil des LG Berlin vom 24.4.1967 zu § 26 Abs. 2 GWB, WuW/E LG/AG 277 (Theater-Plätze).

35) Vgl. Meyer - Cording, a.a.O., S. 36; Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 64 ff. Vgl. ferner die Bedeutung, die das Marktanteilskriterium neuerdings im Rahmen der Fusionskontrolle nach Sec. 7 Clayton Act erlangt hat, oben S. 145 und S. 147 ff.

36) Vgl. Deringer, Art. 86, Anm. 27.

37) Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen, a.a.O., S. 14; ders., Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 330; Steindorff, Referat, S. 201; Verloren van Themaat, Bericht, S. 15 Anm. 19; Hefermehl, Generalbericht, a.a.O., S. 22 f. sowie das Memorandum der EWG-Kommission zur Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 25 Nr. 22; vgl. ferner Att. Gen. Rep., S. 48 und S. 51 f. sowie Turner, Antitrust Policy and the Cellophane Case, 70 Harv. L. Rev. 281, 288 (1956/57) und Kaysen, United States v. United Shoe Machinery Corp., 1956, S. 16.

wettbewerb durchführen kann. Im letzteren Fall ist es weniger der Marktanteil der den Ausschlag gibt, als vielmehr die größere Finanzkraft des betreffenden Unternehmens. Insofern kann also auch die absolute Größe eines Unternehmens bei der Beurteilung der beherrschenden Stellung eine maßgebliche Rolle spielen. [38]

(4) Ein weiterer wichtiger Marktstrukturfaktor ist die Frage, inwieweit der Zugang zum Markt möglich ist. Die beherrschende Stellung eines Unternehmens auf dem Markt kann dadurch in Frage gestellt sein, daß jederzeit potentielle Wettbewerber in den Markt eindringen können, was sich schon jetzt bestimmend auf die Marktstrategie dieses Unternehmens auswirken kann.

bb) Neben der Marktstruktur ist es das Marktverhalten, d.h. die Gesamtheit der tatsächlichen Aktionen des oder der Unternehmen am Markt [39], das wertvolle Rückschlüsse auf das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zuläßt.

(1) Es bereitet jedoch in vielen Fällen große Schwierigkeiten, normales wettbewerbliches von "monopolistischem" Verhalten bzw. vermeintlich "monopolistisches" von durch besondere Marktgegebenheiten gerechtfertigtem Verhalten zu unterscheiden. Dies trifft insbesondere für Verhaltensweisen gegenüber der Marktgegenseite zu. So können Preisdifferenzierungen, die auf den ersten Blick nicht wettbewerbsgerecht erscheinen mögen, ihre Rechtfertigung in der Anpassung an örtliche Wettbewerbsverhältnisse finden oder auf Einführungspreise auf neuen Märkten oder auf das Bestreben, eine Überproduktion außerhalb des normalen Marktes abzusetzen, zurückzuführen sein. [40] Eine richtige Einschätzung der Marktsituation dürfte daher auch hier nur durch eine über einen längeren Zeitraum erstreckte Beobachtung des Marktverhaltens möglich sein. [41]

(2) Sichere Rückschlüsse auf das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs sind dagegen bei offenkundigen Maßnahmen des Behinderungswettbewerbs möglich, sog. "predatory practices", wie wir sie im amerikanischen Antitrustrecht im Rahmen von Sec. 2 Sherman Act kennengelernt haben. [42] Dies sind Vorgehensweisen,

---

38) Vgl. Verloren van Themaat, Bericht, S. 13 sowie das Memorandum der Kommission, a.a.O. Im Unterschied zu Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 348, wird hier aber die finanzielle Macht marktbezogen gesehen und nicht als eine marktunabhängige Größe (vgl oben Anm. 21).

39) Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 70.

40) Vgl. Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 70; Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen, a.a.O., S. 18.

41) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 463.

42) Vgl. oben S. 72 ff.

die die Schädigung der Wettbewerber bzw. die Einschränkung der Wahlfreiheit der Lieferanten und Abnehmer unmittelbar zum Ziele haben, die z.B. in Kampfpreisen, Liefersperren oder anderen offensichtlichen Diskriminierungen und Kampfmaßnahmen zum Ausdruck kommen und die nicht möglich wären, wenn nicht der Wettbewerb, jedenfalls auf dem jeweiligen Sektor der betreffenden Aktivität, im wesentlichen ausgeschaltet wäre. [43] In diesem,und nur in diesem Rahmen, ist es daher möglich, im konkreten Fall allein von den auf dem Markt beobachteten "Mißbrauchspraktiken" eines Unternehmens auf die sie ermöglichende beherrschende Stellung dieses Unternehmens zurückzuschließen. [44]

(3) Als ein weiterer Versuch, aus dem Marktverhalten Kriterien für die Feststellung einer beherrschenden Stellung zu gewinnen, ist der Vorschlag anzusehen, sich bei der Beurteilung des Marktverhaltens, wie schon bei der Abgrenzung des Marktes, den subjektiven Wirtschaftsplan des oder der handelnden Unternehmen zunutzezumachen. [45] Plant und handelt das Unternehmen reaktiv, steht es im Wettbewerb. Kann es Angebots- und Nachfrageänderungen seiner Konkurrenten außer Acht lassen, ist es beherrschend. Indessen dürften sich diesem subjektiven Test der unternehmerischen Selbsteinschätzung gerade hinsichtlich der subjektiven Seite des Marktverhaltens erhebliche Beweisschwierigkeiten entgegenstellen. [46]

cc) Als unter Umständen hilfsweise zu verwendender Test bei der Ermittlung einer beherrschenden Stellung wurde eingangs noch der sog. "market performance-test" erwähnt. Er stellt, wie wir aus dem rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit wissen, [47] darauf ab, ob ein Unternehmen die vom Wettbewerb erwarteten Leistungen bezüglich Produktivität, niedriger Preise und technischem Fortschritt erbringt oder nicht. Da ein gutes Marktergebnis nicht notwendig ein Hinweis auf das Bestehen wesentlichen Wettbewerbs ist - eine beherrschende Stellung eröffnet ja nur die Möglichkeit zu wettbewerbswidrigem Verhalten, es muß nicht unbedingt davon Gebrauch gemacht worden sein - ist dieser

---

43) Vgl. Meyer - Cording, a.a.O., S. 37; Mestmäcker, a.a.O., S. 18; Deringer, Art. 86 Anm. 28.

44) Vgl. dazu Steindorff, Referat, S. 201; Hefermehl, Generalbericht, S. 22 f.; nicht so weitgehend Deringer, Art. 86 Anm. 29.

45) Vgl. Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 72 ff.; Mestmäcker, a.a.O., S. 15; Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 22 Anm. 57.

46) Vgl. Meyer - Cording, Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 461 ff., 474; über die Grenzen dieses Tests vgl. im übrigen Mestmäcker, a.a.O., S. 15 f.

47) Vgl. oben S. 74 f.

Test aber nur sehr bedingt verwendbar, nämlich nur dann, wenn letzte Zweifel am Vorhandensein einer mit Hilfe der beiden anderen Tests ermittelten beherrschenden Stellung durch den zusätzlichen Nachweis schlechter Marktergebnisse beseitigt werden können. [48]

2. Die beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen

a) Die beherrschende Stellung eines Unternehmens

aa) Unter einem Unternehmen i.S. von Art. 86 EWGV soll in Anlehnung an Deringer [49] ein selbständiger Rechtsträger verstanden werden, "ohne daß es im einzelnen auf dessen Rechtsform ankäme, ebensowenig wie auf die Eigentumslage". [50] Auch Unternehmensvereinigungen können Unternehmen sein. [51] Dabei ist es unerheblich, wo das Unternehmen seinen Sitz bzw. seine Produktionsstätten hat. Entscheidend ist, daß es seine Güter auf dem Gemeinsamen Markt anbietet und absetzt. Denn nur daran knüpfen die Begriffe der beherrschenden Stellung und der mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung an. [52] Dies ist wichtig für die Beurteilung der Aktivität von Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt, die aus Drittländern stammen.

bb) (1) Die beherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens kann absolut sein, d.h. es ist dann überhaupt keinem Wettbewerb ausgesetzt. Diese Situation des Vollmonopols dürfte aber kaum einmal praktisch werden auf dem Gemeinsamen Markt. Sie ist bestenfalls in Verbindung mit gewerblichen Schutzrechten denkbar.

(2) Bedeutungsvoller für die Praxis ist dagegen das Teilmonopol, die Marktsituation also, in der das betreffende Unternehmen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Auch in diesem Fall kann das beherrschende Unternehmen seine Aktionsparameter selbständig, also im wesentlichen ohne Rücksicht auf die wenigen verbliebenen Mitwettbewerber einsetzen und fixieren. Die übrigen Mitwett-

---

48) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 463 und Att. Gen. Rep., S. 324.

49) Vgl. dazu Deringer, Art. 85 Anm. 5 - 16 mit weiteren Literaturnachweisen.

50) A.a.O., Art. 85 Anm. 6.

51) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 45. Zur Einordnung von Konzernverbindungen vgl. unten S. 183.

52) Vgl. dazu das Memorandum der Kommission zur Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 25 f. Nr. 24 sowie Deringer, Art. 86 Anm. 46.

bewerber oder, besser gesagt, "Mitläufer" sind aufgrund der Marktverhältnisse gezwungen, die vom beherrschenden Unternehmen gesetzten Marktdaten zu übernehmen. Abweichungen davon sind nur im Rahmen der Marktunvollkommenheiten möglich. 53)

Dabei ist allerdings zu beachten, daß eine beherrschende Stellung, um Art. 86 EWGV zu genügen, sich nicht notwendig auf alle Aktionsparameter gleichzeitig erstrecken muß. Es genügt, wenn die beherrschende Stellung im Hinblick auf den Aktionsparameter gegeben ist, bezüglich dessen angeblich ein Mißbrauch vorliegen soll. 54) Im Falle der angeblichen Erzwingung unangemessener Preise ist daher das Erfordernis der beherrschenden Stellung schon dann erfüllt, wenn das betreffende Unternehmen die Preise autonom festzusetzen vermag, selbst wenn alle Unternehmen am Markt hinsichtlich der anderen Aktionsparameter: Konditionen, Qualität, Service und Werbung in Wettbewerb miteinander stehen. 55)

(3) Neben Voll- und Teilmonopol ist noch ein dritter Fall einer beherrschenden Stellung eines einzelnen Unternehmens i.S. von Art. 86 EWGV zu nennen: der sog. oligopolistische Preisführer kraft Marktmacht. 56) Es handelt sich insoweit um ein marktstarkes Unternehmen innerhalb eines Oligopols, das infolge seines Marktanteils, seiner relativen und absoluten Finanzkraft oder anderer, wirtschaftliche Macht begründender Faktoren eine dominierende Stellung in diesem Oligopol einnimmt und daher in der Lage ist, seinen Konkurrenten in und außerhalb der Gruppe, letzteres aufgrund der kollektiven Marktmacht der von ihm dominierten Gruppe, den Preis zu diktieren, während diese wegen ihrer wirtschaftlichen

---

53) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 466.

54) Vgl. Mestmäcker, a.a.O., S. 14 f. und 22; Verloren van Themaat, Bericht, S. 15 Anm. 19; Pickel, WuW 1968, 627 ff., 630. Insbesondere Pickel (a.a.O.) weist unter Bezugnahme auf Mestmäcker (a.a.O.) darauf hin, daß es einen einheitlichen Begriff der beherrschenden Stellung nicht gibt, sondern daß dieses Erfordernis für jeden Einzelfall im Wege der rechtlichen Wertung zu bestimmen ist, wobei sich diese Wertung insbesondere an der an die Marktbeherrschung geknüpften Rechtsfolge zu orientieren habe. Dies ist im Fall von Art. 86 EWGV das Verbot der Mißbrauchshandlung. Von der Eigenart der angeblichen Mißbrauchshandlung her bestimmen sich daher die Anforderungen, die jeweils an den Begriff der beherrschenden Stellung bzw. an das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zu stellen sind. Vgl. dazu auch oben S. 177 f., wo dieser Gedanke der Auslegung des Begriffs der beherrschenden Stellung im allgemeinen zugrunde gelegt wurde.

55) Sandrock (a.a.O., S. 222 Anm. 39) spricht insoweit von teilmonopolistischer Preisführerschaft kraft Marktmacht.

56) Vgl. Sandrock, a.a.O., S. 378.

Unterlegenheit gezwungen sind, diese Preise zu akzeptieren. [57]

Im vorliegenden Fall ist es also nicht mehr Monopolmacht wie noch im oben gebildeten Beispiel der Preisführerschaft, sondern weniger, nämlich lediglich Oligopolmacht, die eine mißbräuchliche Preisfestsetzung ermöglicht und daher ausreicht, um die Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals "beherrschende Stellung eines Unternehmens" zu erfüllen. Nach Sandrock [58] markiert dieses Maß oligopolistischer Marktmacht, das notwendig bzw. ausreichend ist, in der eben beschriebenen Weise die Preise zu bestimmen, die "untere" Eingrenzung der Mißbrauchssituationen und damit der Anforderungen, die an das Merkmal "beherrschende Stellung" eines einzelnen Unternehmens i.S. von Art. 86 EWGV zu stellen sind. [59]

Auch im Falle der oligopolistischen Preisführerschaft kraft Marktmacht ist es möglich, daß die Unternehmen bezüglich der anderen Aktionsparameter in Wettbewerb miteinander bleiben.

b) Die beherrschende Stellung mehrerer Unternehmen

aa) Mit den Worten "beherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen" spricht Art. 86 EWGV eine Gruppe von Unternehmen an, die in ihrer Gesamtheit eine beherrschende Stellung auf dem Markt einnehmen. Was die Marktposition dieser Gruppe nach außen hin betrifft, so kann auf das oben unter a) Gesagte verwiesen werden. Dabei ist zu beachten, daß, wenn auch die Gruppe nur in ihrer Gesamtheit eine beherrschende Stellung einnimmt, doch nur jedes einzelne Unternehmen, gegebenenfalls mit anderen zusammen, diese Stellung ausnutzen kann, wobei es im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann, die notwendige Kausalität zwischen Gruppenmacht und Individualhandeln nachzuweisen. [60]

bb) Die beherrschende Stellung der Gruppe nach außen setzt notwendig voraus,

---

57) Vgl. dazu Sandrock, a.a.O., S. 356 f., 378 ff. und 388 f.; Schmidt, a.a.O., S. 466 f.; Mestmäcker, a.a.O., S. 16 und das Memorandum der Kommission zur Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 25 Nr. 22 a.E. In die gleiche Richtung weisend auch Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 22 Anm. 50.

58) A.a.O., S. 221 und 378.

59) Dies ist daher auch der Punkt, an dem Überlegungen über die Einbeziehung marktstarker Unternehmen in die Mißbrauchsaufsicht anzusetzen haben. So gesehen erscheint es fraglich, ob es für die Einbeziehung marktstarker Unternehmen in § 22 GWB überhaupt einer Gesetzesnovelle bedarf (vgl. dazu Sandrock, a.a.O., S. 378 f.).

60) Vgl. dazu Mestmäcker, a.a.O., S. 21 sowie Deringer, Art. 86 Anm. 45.

daß auch der Wettbewerb nach innen beschränkt ist. Die Frage ist, worauf diese Beschränkung beruhen muß. Art. 86 EWGV selbst sagt darüber nichts aus.

(1) Entgegen der Regelung in § 22 Abs. 2 GWB, wonach das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen der beherrschenden Gruppe auf tatsächliche Gründe zurückzuführen sein muß, wird für Art. 86 EWGV allgemein angenommen, daß auch rechtliche Beziehungen die Ursache sein können. [61] So ist Art. 86 EWGV anwendbar, wenn eine Gruppe von Unternehmen den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb durch eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Abstimmung i.S. von Art. 85 Abs. 1 EWGV ausgeschaltet haben und die dadurch erlangte beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen. Nach h.L. sind insoweit Art. 85 und Art. 86 EWGV nebeneinander anwendbar. [62]

Sind die die Gruppe bildenden Unternehmen in einem Konzern zusammengefaßt, so kommt es darauf an, ob sie unter einer einheitlichen Leitungsmacht stehen. Ist dies der Fall, so ist diese Unternehmensverbindung in Übereinstimmung mit der eingangs vorgenommenen Definition eines Zusammenschlusses [63] als ein einheitliches beherrschendes Unternehmen anzusehen und zu behandeln (Kollektivmonopol). Besteht keine einheitliche Leitungsmacht, so wird die Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV davon abhängen, ob zwischen den einzelnen Konzernunternehmen aus anderen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen kein Wettbewerb besteht. Dies dürfte in der Regel der Fall sein, wenn auch Konzernunternehmen denkbar sind, die weiter miteinander in Wettbewerb stehen. [64]

(2) Schwieriger als die Feststellung für das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs aus rechtlichen Gründen ist die Beurteilung der Fälle, in denen der Wettbewerb aus tatsächlichen Gründen wesentlich beschränkt ist (Oligopol). Während teilweise die Möglichkeit einer solchen Fallkonstellation überhaupt angezweifelt wird [65],

---

61) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 4, 47 und 48; Baumbach - Hefermehl, Art. 86 Anm. 6; Thiesing in: v.d. Groeben - v. Boeckh, Art. 86 Anm. 7; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 3; Kleemann, a.a.O., S. 55; Sandrock, a.a.O., S. 389; a.A. Everling in: Wohlfahrt - Everling - Glaesner - Sprung, Art. 86 Anm. 1; Rowedder, Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV in: Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts, 1966, S. 247 ff., 252.

62) Vgl. dazu die Literaturhinweise in Anm. 61.

63) Vgl. oben S. 7 f. sowie Fikentscher, Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkung in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift f. F. Böhm, 1965, S. 261 ff., 262.

64) Vgl. dazu Deringer, Art. 86 Anm. 47.

65) Vgl. Everling in: Wohlfahrt - Everling - Glaesner - Sprung, Art. 86 Anm. 2; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 2.

hält die überwiegende Meinung eine solche Marktsituation in zwei Fällen für möglich: bei Bestehen einer Gruppendisziplin im Oligopol und im Falle der Preisführerschaft. [66]

(a) Die Gründe, die zu einer Gruppendisziplin im Oligopol, insbesondere im engen Oligopol, führen können, sind uns bereits aus dem rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit bekannt. [67] Sie sind im wesentlichen darin zu sehen, daß die wenigen auf dem Markt tätigen Unternehmen ihre gegenseitige Abhängigkeit beim Einsatz ihrer Aktionsparameter (Reaktionsverbundenheit) kennen und im Bewußtsein dieser Interdependenz ihre Verhaltensweisen kampflos in einer Weise einander angleichen, die ihren gemeinsamen Interessen, insbesondere der Gewinnmaximierung, am besten zu dienen geeignet ist. [68]

Problematisch ist auch hier, wie weit das gleichförmige Verhalten der Oligopolunternehmen gehen muß, damit von Fehlen wesentlichen Wettbewerbs gesprochen werden kann. Überwiegend wird vertreten, daß Gleichpreisigkeit allein nicht ausreicht, sondern daß sich die Gleichförmigkeit des Verhaltens auf einen wesentlichen Ausschnitt aus dem gesamten Bereich der Marktstrategie (Rabatte, Konditionen, Qualität und Service eingeschlossen) erstrecken muß. [69] Eine andere Meinung will unter Umständen noch dann das Bestehen wesentlichen Wettbewerbs annehmen, wenn dieser nur noch im Werbungswettbewerb seinen Ausdruck findet. [70]

---

66) Vgl. dazu Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 78; Mestmäcker, a.a.O., S. 19 f.; Deringer, Art. 86 Anm. 49; Schmidt, a.a.O., S. 467 ff.; Sandrock, a.a.O., S. 336 ff. und 355 ff. mit weiteren Nachweisen. Zu § 22 GWB vgl. Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 22 Anm. 67 ff.

67) Vgl. oben insbes. S. 95 Anm. 312.

68) Vgl. die Literaturhinweise in Anm. 66.

69) Vgl. vor allem Sandrock, a.a.O., S. 350 ff. und 385/389. Für § 22 GWB vgl. Raisch, Zum Begriff des Mißbrauchs i.S. von § 22 GWB in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 357 ff., 373 f. Vgl. außerdem zu § 12 GWB BGH WuW/E BGH 588, 591 - 593 (Fensterglas IV) sowie neuerdings BGH WuW/E BGH 907 (Fensterglas VI).

70) Vgl. Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 22 Anm. 66; Schmidt, a.a.O., S. 464 und 493, hält demgegenüber Werbungswettbewerb allein in keinem Fall für ausreichend für die Annahme eines wesentlichen Wettbewerbs. Ob Nicht-Preiswettbewerb ausreichend ist, will er vom Einzelfall abhängig machen (a.a.O., S. 469); ebenso Machlup in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band VIII, S. 82 ff., 91, Stichwort Oligopol.

Richtigerweise ist auch hier, wie schon oben unter a), davon auszugehen, welcher oder welche Aktionsparameter durch den angeblichen Mißbrauch berührt sein können. Nur hinsichtlich dieser Aktionsparameter muß eine beherrschende Stellung und damit das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs gegeben sein. [71] "Das Fehlen von Wettbewerb auch in anderer Hinsicht", so führt Mestmäcker aus [72], "bildet nur ein weiteres Indiz, aber kein notwendiges Tatbestandsmerkmal für die Annahme, daß die einzelnen Unternehmen in Ausnutzung der kollektiven Machtstellung gehandelt haben".

(b) Der zweite Fall einer faktischen Wettbewerbsbeschränkung im Oligopol ist die Preisführerschaft, genauer die barometrische Preisführerschaft. Sie ist letztlich ein Spezialfall der Gruppendisziplin, so daß weitgehend auf das oben Ausgeführte Bezug genommen werden kann. Im Unterschied zum bereits oben erwähnten Preisführer kraft Marktmacht [73] ist der barometrische Preisführer nicht in der Lage, die Preise einseitig zu diktieren; vielmehr ist er bei seiner Preisstrategie an die allgemeine Marktsituation und an das wohlverstandene Gruppeninteresse gebunden. Ihm fällt es nur zu, aufgrund seiner relativen Größe, seiner besonderen Marktübersicht oder einfach kraft Tradition, als erster die Preisänderung bekanntzugeben, wobei die übrigen Oligopolunternehmen in ihrer Preispolitik unmittelbar nachfolgen. [74] Der Unterschied zwischen einem Oligopol mit Gruppendisziplin und einem mit Preisführerschaft besteht daher weitgehend darin, daß im ersten gleiche Preise gleichzeitig, im zweiten in zeitlicher Staffelung gesetzt werden. [75]

Selbstverständlich braucht sich die Führungsrolle eines Unternehmens im Oligopol nicht auf die Preise zu beschränken, sondern kann auch die übrigen Aktionsparameter umfassen; man spricht dann von barometrischer Marktführerschaft. [76]

Wir betonten eingangs, daß die Reichweite einer möglichen Anwendung von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse maßgeblich davon abhängt, wie hoch die Anforderungen an die Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals "beherrschende Stellung" zu stellen sind.

---

71) Vgl. oben S. 177 f. sowie Mestmäcker, a.a.O., S. 22 und Pickel, WuW/E BGH 929, 932 = WuW 1968, 627, 630 sowie Verloren van Themaat, Bericht, S. 15 Anm. 19.

72) Mestmäcker, a.a.O., S. 22.

73) Vgl. oben S. 181 f.

74) Vgl. dazu Sandrock, a.a.O., S. 355 ff. und 387/389.

75) Vgl. Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 22 Anm. 71 a.E.

76) Vgl. Schmidt, a.a.O., S. 469.

Dazu läßt sich nun zusammenfassend folgendes feststellen:

1. Die Möglichkeit, die Anforderungen an die Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals "beherrschende Stellung" in Art. 86 EWGV herabzusehen, endet dort, wo Verhaltensmißbräuche aufgrund dieser "beherrschenden Stellung" durch das Wiedereinsetzen des Wettbewerbsmechanismus, d.h. durch das Wiederwirksamwerden eines "wesentlichen" Wettbewerbs, unmöglich gemacht werden.

2. Einen einheitlichen Begriff der beherrschenden Stellung gibt es nicht. Die Anforderungen, die an dieses Merkmal zu stellen sind, richten sich nach dem Typus der jeweiligen Mißbrauchshandlung, die dem oder den betreffenden Unternehmen vorgeworfen wird. Eine beherrschende Stellung kann, wie das Beispiel der oligopolistischen Preisführerschaft kraft Marktmacht zeigt, schon bei einem relativ geringen Marktanteil des betreffenden Unternehmens gegeben sein.

3. Außerdem muß die beherrschende Stellung nur bezüglich des Aktionsparameters gegeben sein, im Hinblick auf den angeblich ein Mißbrauch vorliegen soll.

III. Die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung

Markiert das eben behandelte Merkmal der "beherrschenden Stellung" in der uns beschäftigenden Frage einer möglichen Anwendung von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse den "Monopolisierungsgrad" eines Marktes, von dem ab Zusammenschlüsse gegebenenfalls von Art. 86 erfaßt werden können, so wird die nun folgende Untersuchung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 genaueren Aufschluß darüber geben, ob und inwieweit diese Vorschrift überhaupt auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar ist.

Auch das Tatbestandsmerkmal der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung wird in Art. 86 EWGV nicht näher erläutert und bedarf daher der Auslegung. Dabei wird allgemein angenommen, daß ein bloßes Ausnutzen der beherrschenden Stellung noch nicht das Verbot der Handlung auslöst. 77) Mit dem Begriff "Ausnutzen" soll nur klargestellt werden, daß eine Kausalität zwischen beherrschender Stellung und Mißbrauchshandlung bestehen muß. D.h. die

77) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 30; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 21 und Mestmäcker, a.a.O., S. 17.

mißbräuchliche Verhaltensweise muß durch die beherrschende Stellung ermöglicht worden sein. Es fragt sich allerdings, ob dem Erfordernis des Ausnutzens nicht auch dadurch schon Genüge getan ist, daß lediglich die Wirkung der betreffenden Verhaltensweise ursächlich auf die beherrschende Stellung zurückzuführen ist. Dies wird uns weiter unten noch zu beschäftigen haben. [78] Ist aber das Ausnutzen einer beherrschenden Stellung selbst noch nicht unzulässig, so fragt es sich, was hinzukommen muß, damit dieses Ausnutzen mißbräuchlich wird.

1. Da es keinen allgemeinen Begriff des Mißbrauchs gibt, muß, so wird allgemein angenommen, der Maßstab dessen, was mißbräuchlich sein soll, aus dem Inhalt der Norm abgeleitet werden, in der der Begriff Mißbrauch verwendet wird. [79]

a) Dabei besteht Einigkeit darüber, daß Art. 86 insoweit nicht lediglich subjektiv vorwerfbares, sittenwidriges Verhalten, etwa i.S. des in der Reichsgerichtsrechtsprechung entwickelten "Monopolmißbrauchs", erfassen kann, sondern daß Art. 86 unter Ausklammerung jeder moralischen Wertung allgemein gegen objektives Fehlverhalten gerichtet ist. [80]

b) Zu weitgehend erscheint andererseits die Auffassung, mißbräuchlich sei jedes Verhalten, das mit dem öffentlichen Interesse unvereinbar ist. Dieser Maßstab des "interet général" wird teilweise im französischen Recht vertreten; [81] er findet weiter seinen Ausdruck in Art. 2 des belgischen Gesetzes zum Schutze

---

78) Vgl. unten S. 217 f.

79) Vgl. das Memorandum der EWG-Kommission zum Problem der Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 26 Nr. 25 sowie Axster, a.a.O., S. 7 und Langen, a.a.O., S. 49.

80) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 35; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 21; Rowedder, a.a.O., S. 252; Schlieder, Hindernisse aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R. M. C. Nr. 109 (1968), S. 215 ff., 223, im folgenden "Referat" genannt; für § 22 GWB: vgl. insbesondere Bartholomeyczik in: Gemeinschaftskommentar, Nachtrag zur 2. Auflage, 1965, § 22 Anm. 10; Raisch, a.a.O., S. 361 gegen Frankfurter Kommentar, a.a.O., § 22 Tz. 50.

81) Vgl. dazu die Hinweise bei Langen, a.a.O., S. 19 f.; Rowedder, a.a.O., S. 250 und Gabriel, Mißbrauch wirtschaftlicher Macht: Kriterien, Verfahren, Maßnahmen, WuW 1968, 581 ff., 583.

gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht vom 27.5.1960, wo Mißbrauch als "Verletzung des allgemeinen Interesses durch Praktiken, die das normale Spiel des Wettbewerbs verfälschen oder beschränken" definiert wird [82]; auch im § 24 des niederländischen Gesetzes über den wirtschaftlichen Wettbewerb vom 28.6. 1956 wird auf die "dem allgemeinen Interesse zuwiderlaufenden Folgen" einer beherrschenden Marktstellung abgestellt; [83] schließlich wird auch im Rahmen von § 22 GWB die Meinung vertreten, der Mißbrauchsbegriff sei i.S. einer Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls auszulegen. [84]

Eine solche Auslegung macht den Mißbrauchsbegriff wenig justitiabel; die insoweit erforderliche allgemeine Interessenabwägung im Sinne eines umfassenden "bilan économique" überfordert die Gerichte und leistet einer allgemeinen Rechtsunsicherheit Vorschub [85]; im übrigen besteht bei dieser Auslegung die Gefahr, daß zur Bestimmung des Mißbrauchsbegriffs auch außerökonomische und vertragsfremde Kriterien herangezogen werden. Ziel unserer Auslegung des Mißbrauchsbegriffs ist es aber gerade, Kriterien zu finden, die am Norminhalt von Art. 86 EWGV orientiert sind und auf diesen beschränkt bleiben.

c) Der Norminhalt von Art. 86 wird aber maßgeblich durch die mit dem EWG-Vertrag insgesamt verfolgten Ziele bestimmt. Es ist daher bei der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 zweckmäßigerweise von diesen allgemeinen Zielen des Vertrags auszugehen, sowie von der Rolle, die Art. 86 EWGV bei der Verwirklichung dieser Ziele zu spielen bestimmt ist. [86] Auf die im Vertrag niedergelegte Wirtschaftsordnung verweist im übrigen auch der Wortlaut von Art. 86 selbst, wenn er besagt, daß ein mißbräuchliches Verhalten "mit dem Gemeinsa-

---

82) Vgl. Guide de la Législation, a.a.O., Vol. I, 1964, Belgique, 1.0.

83) Vgl. Guide de la Législation, a.a.O., Vol. IV, 1964 - 1967, Pays-Bas, 1.0., S. 10 sowie Van Damme, De machtpositie in de gemeenschappelijke Markt, S.E.W., 1965, 334 ff., 345.

84) Müller - Henneberg, BB 1959, 139 ff.; Sarnighausen, Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Versuch einer Begriffsanalyse, Diss. 1961, S. 120; Spengler, WuW 1961, 524. Sehr weitgehend auch Bartholomeyczik in: Nachtrag zum Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 22 Anm. 9, der eine Unvereinbarkeit mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft fordert.

85) Vgl. zu diesen und anderen Bedenken insbesondere Gabriel, a.a.O., S.583 f

86) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 31 ff.; Langen, a.a.O., S. 49 ff., 56 f.; Houssiaux, Concurrence et Marché Commun, 1960, S. 159 f.; Kleemann, a.a.O., S. 56; Rowedder, a.a.O., S. 251; Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 330; Schlieder, Referat, S. 223 sowie das Memorandum der EWG-Kommission, a.a.O., S. 26 Nr. 25.

men Markt unvereinbar" ist. [87]

Betrachtet man nun die Zielsetzung des Vertrags, wie sie insbesondere in der Präambel und in Art. 2 und 3 EWGV zum Ausdruck kommt, so erscheint für die Auslegung von Art. 86 von besonderem Interesse, daß, wie schon eingangs dieser Arbeit erwähnt [88], die Präambel des Vertrags von der Gewährleistung eines "redlichen Wettbewerbs" spricht und Art. 3 lit. f die "Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt" vorsieht. Vergegenwärtigt man sich weiter, daß Art. 86 im Kapitel über die Wettbewerbsregeln steht, so wird man als mißbräuchlich jedes Ausnutzen einer beherrschenden Stellung eines oder mehrerer Unternehmen anzusehen haben, das das Funktionieren der im Vertrag angestrebten Wettbewerbsordnung nicht unerheblich stört oder überhaupt unmöglich macht oder das sonst mit dieser Ordnung unvereinbar ist. [89] Dabei orientiert sich, nach dem zu Beginn dieser Arbeit Ausgeführten [90], die im Vertrag angestrebte Wettbewerbsordnung am Leitbild des wirksamen oder funktionsfähigen Wettbewerbs. Außerdem ist zu beachten, daß diese Wettbewerbsordnung, wie Art. 86 EWGV selbst zeigt, die Möglichkeit der Existenz beherrschender Stellungen auf den einzelnen Märkten von vornherein vorsieht und toleriert. [91]

---

87) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 32. In ähnlichem Sinne auch Art. 66 § 7 EGKSV, wo das Wort "Mißbrauch" überhaupt fehlt, und stattdessen auf eine Verwendung der beherrschenden Stellung "zu mit diesem Vertrag in Widerspruch stehenden Zwecken" abgestellt wird.

88) Vgl. oben S. 1.

89) Vgl. dazu die oben in Anm. 86 angeführten Literaturhinweise; vgl. ferner Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 21; Ellis, a.a.O., S. 330; Samkalden - Druker, a.a.O., S. 176 sowie für § 22 GWB: Mestmäcker, Das marktbeherrschende Unternehmen, a.a.O., S. 15; Raisch, a.a.O., S. 367 f.; Gabriel, a.a.O., S. 598 ff.

90) Vgl. oben S. 1.

91) Da eine beherrschende Stellung aber gerade das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs voraussetzt, ist die Frage berechtigt, ob dann neben nicht wettbewerbsgerechtem (unbilligem) Verhalten auch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten als Mißbrauch im Sinne von Art. 86 überhaupt Bedeutung erlangen kann. Eine beherrschende Stellung ist jedoch, wie wir oben unter II gesehen haben, keine feststehende Größe. In der Regel ist immer noch eine weitere Beschränkung des bestehenden Restwettbewerbs, der im Einzelfall noch recht erheblich sein kann, möglich. Außerdem kann die einmal erreichte beherrschende Stellung eines Unternehmens auf dem Markt ständig durch das Eintreten neuer Unternehmen in den Markt wieder in Frage gestellt werden. Die Ausschaltung solcher potentieller Wettbewerber

d) Derartige Mißbräuche können sich, wie in Art. 86 lit. a-d EWGV beispielhaft aufgezählt wird, insbesondere zeigen:

aa) in der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen,

bb) in der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher,

cc) in diskriminierendem Verhalten, und

dd) in Koppelungsverträgen.

Während insoweit im wesentlichen das mißbräuchliche Verhalten gegenüber der Marktgegenseite gekennzeichnet ist [92], soll damit nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß

Fortsetzung der Fußn. 91) von S. 189:

bzw. die Verhinderung ihres Eintritts in den Markt stellt daher eine weitere Möglichkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens dar. Wie die sog. "single monopoly"-Fälle aus der amerikanischen Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act (vgl. dazu insbesondere den Alcoa- und USM-Fall oben S. 41 ff. u. S. 47 ff.) gezeigt haben, ist der monopolistische Schädigungskampf gerade dort am stärksten, wo es darum geht, eine vorhandene beherrschende Stellung zu verteidigen oder auszubauen. Schließlich hat es ein beherrschendes Unternehmen auch in der Hand, den Wettbewerb zwischen Abnehmern und Lieferanten zu beschränken, indem es diese Unternehmen unterschiedlich (diskriminierend) behandelt, vgl. dazu Art. 86 lit. c. Weiter ist es einem Unternehmen möglich, seine beherrschende Stellung so einzusetzen, daß dadurch Vorsprünge im Wettbewerb auf Drittmärkten erreicht werden können (vgl. dazu insbesondere Art. 86 lit. d und unten Anm. 92). Vgl. dazu insgesamt Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 333 - 335 sowie Steindorff, Referat, S. 202 mit weiteren Nachweisen.

92) Daß in den in Art. 86 lit. a-d aufgeführten Mißbrauchsfällen nicht nur die Marktgegenseite tangiert sein kann, zeigt z.B. der in Art. 86 lit. d angeführte Fall des Koppelungsvertrags. Geschützt werden insoweit nicht nur die Vertragspartner, sondern auch mögliche Wettbewerber des beherrschenden Unternehmens. Darüberhinaus bietet Art. 86 lit. d ein Beispiel dafür, wie eine beherrschende Stellung auf einen dritten Markt (nämlich auf den der gekoppelten Leistung, wenn diese einem besonderen Markt zugehörig ist) in mißbräuchlicher Weise ausgedehnt werden kann (vgl. Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 334 f. sowie für § 22 GWB: BKartA, Beschluß v. 2.10.67, WuW/E BKartA 1189 (Handpreisauszeichnungsgerät)).

ee) mißbräuchliches Verhalten nicht auch gegenüber Unternehmen der eigenen Marktseite möglich ist, seien es nun aktuelle oder potentielle Wettbewerber des oder der beherrschenden Unternehmen.
Strategien des Verdrängungs- und Vernichtungswettbewerbs, wie Kampfpreise oder andere gezielte Kampfmaßnahmen, die Be- oder Verhinderung des Eintritts neuer Unternehmen in den Markt, die Ausübung eines wirtschaftlichen oder sonstigen Drucks auf Wettbewerber, um diese zu einem gleichförmigen Verhalten oder zum Anschluß an das oder die beherrschenden Unternehmen zu bewegen oder der Einsatz der beherrschenden Stellung zur Erlangung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile auf Drittmärkten [93] fallen ebenso unter den Mißbrauchsbegriff wie die in Art. 86 selbst genannten Maßnahmen.

e) Allen diesen Verhaltensweisen ist gemeinsam, daß sie nur unter Einsatz wirtschaftlicher Macht, aufgrund einer beherrschenden Stellung auf dem Markt möglich sind. Geschützt wird dabei die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit (Wahl- und/oder Wettbewerbsfreiheit) der im Einflußbereich des oder der beherrschenden Unternehmen stehenden anderen Unternehmen. Sie sollen vor Schädigungen bewahrt werden, denen sie bei wesentlichem Wettbewerb nicht ausgesetzt wären. [94] Geschützt wird darüberhinaus aber auch die in Art. 86 lit. b als "Verbraucher" angesprochene Allgemeinheit vor unbilliger, unter Wettbewerbsbedingungen nicht möglicher Benachteiligung. [95]

2. Nun kann man die Frage aufwerfen, ob das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV auf Verhaltensweisen der oben gekennzeichneten Art, also im wesentlichen auf Eingriffe in die Bewegungsfreiheit Dritter beschränkt bleiben soll, oder ob es darüberhinaus auch solche Verhaltensweisen erfassen soll, die im Hinblick auf das Marktergebnis zu beanstanden sind. Mißbräuchlich im letzteren Sinne wäre dann beispielsweise das Marktangebot eines beherrschenden Unternehmens, das hinsichtlich des Preises, der sonstigen Geschäftsbedingungen oder der Qualität, Quantität und technischen Vollkommenheit des angebotenen Gutes merklich

---

93) Vgl. oben Anm. 92.

94) Vgl. dazu die Literaturhinweise in Anm. 86 und 89; ferner Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 335; Steindorff, Referat, S. 202 sowie die Mißbrauchsdefinition der Professorengruppe im Memorandum der EWG-Kommission, a.a.O., S. 22 Nr. 4.

95) Vgl. dazu das Memorandum der EWG-Kommission, a.a.O., S. 26 Nr. 25; Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 330 und Steindorff, Referat, S. 202.

hinter dem Standard zurückbleibt, der sich erwartungsgemäß unter Wettbewerbsbedingungen einstellen würde (Vergleichsmaßstab des "Als-ob-Wettbewerbs"). Es ist dies die uns aus der Entwicklung im amerikanischen Recht zu Sec. 2 Sherman Act bekannte Frage, ob der Mißbrauch von Marktmacht allein nach der market conduct oder abuse theory zu bestimmen ist, oder ob unabhängig davon auch market performance - Gesichtspunkte geeignet sind, einen Mißbrauch aufzuzeigen. [96] Dies ist eine Streitfrage, die gegenwärtig mit besonderer Heftigkeit im Rahmen der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs in § 22 GWB diskutiert wird. [97] Da diese Auseinandersetzung jedoch eine ganz andere "Dimension" des Mißbrauchsbegriffs betrifft, die uns in der hier interessierenden Frage, inwieweit Unternehmenszusammenschlüsse unter den Mißbrauchsbegriff zu subsumieren sind, nicht weiter bringt, kann diese Kontroverse insoweit unberücksichtigt bleiben. [98]

---

96) Vgl. dazu oben S. 74 f.

97) Einer der entschiedensten Verfechter der "performance theory", insbesondere auf dem Gebiet der Preisgestaltung ist dabei Schmidt, in: Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 1965, 453, 471 ff. (vgl. dazu die Kontroverse Raisch (JZ 1965, 625 ff.; JZ 1967, 404) - Schmidt (JZ 1967, 247 ff.)). Vgl. ferner Schmidt in: Zum Nachweis des Mißbrauchs einer rechtlichen oder faktischen Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1967, 635 ff. und 777 ff. und daran anknüpfend die Kontroverse Mestmäcker (DB 1968, 787 ff., 835 ff. = AcP 168, 235 ff. (1968); DB 1968, 1800 ff.) - Schmidt (DB 1968, 1795 ff.). Diese Auseinandersetzung geht zurück auf die unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Ansätze bei Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Auflage, 1955, S. 298 f. und Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, 2. Auflage, 1947, S. 106/108. Sie findet gegenwärtig ihren Ausdruck in der wirtschaftspolitischen Kontroverse zwischen Hoppmann, zuletzt: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, 1968, S. 9 ff. und Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966. Das Bundeskartellamt hat sich in diesem Streit den Standpunkt der "performance theory" zueigen gemacht, vgl. Tätigkeitsbericht 1967, BT-Drs. V/2841, S. 11 sowie Beschluß v. 2.10.1967, WuW/E BkartA 1189 (Handpreisauszeichnungsgerät). Ähnlich auch BGH WuW/E BGH 667, 673 (Rechtselbische Zementpreise IV).

98) Aus der Sicht des amerikanischen Rechts sei nur so viel gesagt: In der Rechtsprechung zu der insoweit maßgeblichen Sec. 2 Sherman Act hat die "market performance theory", jedenfalls so weit es um die Auslegung des "monopolizing"-Vorwurfs ging, keine große Bedeutung erlangt. Zwar gab es einzelne "monopoly"-Fälle, in denen dieser Test eine Rolle spielte (vgl. dazu insbesondere die Rechtsfolgeverfahren im Alcoa- und USM-Fall

3. Für unsere Fragestellung ist aber möglicherweise eine weitere, dritte "Dimension" des Mißbrauchsbegriffs von Bedeutung, bei der es weder auf die Art und Weise des Marktverhaltens eines beherrschenden Unternehmens noch auf das Marktergebnis, das dieses Verhalten erbringt, ankommt, sondern allein auf die Wirkung, die dieses Verhalten auf die Marktstruktur und damit auf eine der Bedingungen für die Funktionsfähigkeit des (verbliebenen) Wettbewerbs hat. Es ist dies ein weiterer Aspekt des Mißbrauchsbegriffs, der, wie wir im rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit gesehen haben [99], insbesondere in der neueren amerikanischen Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act eine besondere Bedeutung erlangt und in der sog. market structure theory seinen Niederschlag gefunden hat. [100]

In der Tat knüpft das Memorandum der EWG-Kommission zum Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt [101] an diese Gedankengänge an, wenn es eine Unternehmenskonzentration, die die Monopolisierung eines Marktes bewirkt, als mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung i.S. von Art. 86 EWGV behandeln will. Mißbräuchlich, so argumentiert die Kommission, sei dabei die Unternehmenskonzentration nicht durch die Art und Weise ihres Zustandekommens sondern "nur im Hinblick auf die dadurch geschaffene Lage, d.h. die vollständige Ausschaltung des Wettbewerbs". [102] Zur Rechtfertigung dieser Auslegung des Mißbrauchsbegriffs verweist die Kommission auf den in Art. 86 lit. b angeführten Mißbrauchsfall (Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung), woraus sich ergebe, daß sich das Verbot des Art. 86 nicht nur gegen bestimmte mißbräuchliche Verhaltensweisen auf dem Markt, sondern auch gegen bestimmte Vorgänge innerhalb des Unternehmens richtet, wie hier gegen die Veränderung der Angebots-

---

Fortsetzung der Fußn. 98) von S. 192:

oben S. 49 ff. Der in diesen Fällen zum Ausdruck kommenden Tendenz, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten bzw. einen wettbewerbsbeschränkten Zustand durch gute Marktergebnisse zu entschuldigen, wurde aber in der ersten Alcoa-Entscheidung eine entschiedene Absage erteilt (vgl. U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F 2d 416, 427 (2d Cir. 1945): "a fair profit is no excuse"). Vgl. dazu auch Dabin, Bericht, a.a.O., S. 20 f. und oben S. 43 f.

99) Vgl. oben S. 75 ff.

100) Die Verwendung der market structure, market conduct und market performance Tests, wie hier, als Kriterien zur Inhaltsbestimmung des Mißbrauchsbegriffs ist zu unterscheiden von dem Gebrauch, der von diesen Tests beim Nachweis des Bestehens einer beherrschenden Stellung auf dem Markt gemacht wird (= reine Indizwirkung der Tests); vgl. oben S. 175 ff.

101) A.a.O., S. 26.

102) A.a.O., S. 26 Nr. 26.

strukturen zum Schaden des Verbrauchers. [103]

An dieser Stelle muß diese Andeutung genügen. Eine nähere Untersuchung der Problematik dieser Auslegung des Mißbrauchsbegriffs soll erst dann erfolgen, wenn die übrigen in der Literatur vorgebrachten Lösungsvorschläge zur Erfassung der Unternehmenskonzentration mit den Mitteln des Art. 86 EWGV dargestellt sind.

IV. Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Nach dem Wortlaut von Art. 86 EWGV muß die betreffende mißbräuchliche Maßnahme dazu führen können, "den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen". Dieses Tatbestandsmerkmal hat keine materielle Bedeutung. Mit ihm soll nur die kollisionsrechtliche Abgrenzung zum innerstaatlichen Wettbewerbsrecht vorgenommen werden. [104] Dabei muß es für die Anwendbarkeit von Art. 86 auf eine Mißbrauchshandlung innerhalb eines Mitgliedstaates genügen, daß sich dieser Mißbrauch wenigstens mittelbar auf einen anderen Mitgliedstaat auswirkt. [105]

V. Rechtsfolgen

1. Die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt ist verboten, ohne daß dies einer vorherigen Entscheidung bedarf (Art. 1 VO Nr. 17 [106]). Es handelt sich also um ein unmittelbar wirkendes Verbot.

---

103) A.a.O., S. 26 Nr. 25. Neben der EWG-Kommission sieht neuerdings auch das Bundeskartellamt in der Verschlechterung der Marktstruktur einen Mißbrauch im Sinne des § 22 Abs. 3 GWB, vgl. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1967, BT-Drs. V/2841, S. 11.

104) Vgl. Deringer, Art. 85 Anm. 38 ff., Art. 86 Anm. 51, 52.

105) Vgl. Günther, Relevanter Markt, a.a.O., S. 22 sowie das Memorandum der Kommission zur Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 25 Nr. 20 und Verloren van Themaat, Bericht, S. 19; a.A. Deringer, Art. 86 Anm. 51; Gleiss-Hirsch, Art. 86 Anm. 22.

106) Verordnung Nr. 17, Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrags vom 6.2.1962 (BGBl. II S. 93/ABl. S. 204) i.d.F. vom 5.11.1963 (BGBl. II 1964 S. 62/ABl. S. 2696).

2. Auf Antrag oder von Amts wegen kann die Kommission eine Zuwiderhandlung gegen Art. 86 feststellen und die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen (Art. 3 VO Nr. 17). Kommen die Unternehmen dieser Entscheidung nicht nach, so kann die Kommission Zwangsgelder gegen sie festsetzen (Art. 16 VO Nr. 17).

3. Bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen gegen Art. 86 hat die Kommission außerdem die Möglichkeit, Geldbußen zu verhängen (Art. 15 VO Nr. 17).

4. Schließlich hat die Kommission, was sehr bedeutungsvoll werden kann, gegenüber Unternehmen, deren Größe zu der Vermutung Anlaß gibt, daß sie eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben innehaben, ein Auskunftsrecht hinsichtlich der ihre Unternehmensstruktur und ihr Verhalten betreffenden Faktoren, soweit sie für eine Beurteilung im Hinblick auf Art. 86 erforderlich sind (Art. 12 Abs. 3 VO Nr. 17).

5. Bestehen andererseits auf seiten eines beherrschenden Unternehmens Zweifel, ob eine bestimmte Verhaltensweise mißbräuchlich ist, so kann bei der Kommission ein Negativattest eingeholt werden (Art. 2 VO Nr. 17).

6. Über die zivilrechtlichen Rechtsfolgen sagt Art. 86 EWGV nichts aus. Diese richten sich daher ausschließlich nach nationalem Recht. Für das deutsche Recht wird überwiegend die Nichtigkeit mißbräuchlicher Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB angenommen [107]. In der Frage, ob Art. 86 als Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB anzusehen und daher die Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen möglich ist, sind die Stellungnahmen in der Literatur uneinheitlich. [108] Sieht man im Mißbrauchsverbot in erster Linie einen Individualschutz - die in Art. 86 lit. a-d aufgeführten Beispiele deuten

---

107) Vgl. Kleemann, a.a.O., S. 60; Deringer, Art. 86 Anm. 56; Thiesing in: v.d. Groeben - von Boeckh, Art. 86 Anm. 4; Baumbach - Hefermehl, Art. 86 Anm. 6; Everling in: Wohlfahrt - Everling - Glaesner - Sprung, Art. 86 Anm. 10; a.A. Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 25; v. Gamm, a.a.O., S. 39

108) Bejahend: Thiesing, a.a.O.; Everling, a.a.O.; v. Gamm, a.a.O., S. 39 f. Verneinend: Deringer, Art. 86 Anm. 59; Gleiss-Hirsch, Art. 86 Anm. 27; Kleemann, a.a.O.

darauf hin [109] -, so dürfte der Schutzgesetzcharakter von Art. 86, zumindest in den Fällen, in denen der Individualschutz offensichtlich überwiegt, nicht zu leugnen sein.

§ 2 DIE ANWENDBARKEIT VON ART. 86 EWGV AUF UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLÜSSE

I. Stellungnahmen und Lösungsvorschläge

Die bisher erfolgten Stellungnahmen zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse lassen sich im wesentlichen in drei Gruppen einteilen. Während eine weit verbreitete Meinung von der generellen Unanwendbarkeit von Art. 86 ausgeht [110], ist eine andere Gruppe grundsätzlich der gleichen Auffassung, allerdings mit der Besonderheit, daß sie bestimmte, durch eine besondere Verhaltensweise gekennzeichnete Unternehmenszusammenschlüsse der Kontrolle von Art. 86 unterwerfen will. [111] Eine dritte Gruppe

---

109) Dieser Individualschutz erweitert sich allerdings aufgrund seiner allgemeinen Bedeutung sogleich auch zum Institutionsschutz, vgl. Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 336.

110) Vgl. Thiesing in: v.d. Groeben - v. Boeckh, Art. 86 Anm. 2; Everling in: Wohlfahrt - Everling - Glaesner - Sprung, Art. 86 Anm. 10; Spengler in: Gemeinschaftskommentar a.a.O., Anm. 41; Baumbach - Hefermehl, Art. 86 Anm. 1; Deringer, Art. 86 Anm. 1; Gleiss - Hirsch, Art. 86 Anm. 7; Draetta in: Quadri - Monaco - Trabucchi, Art. 86 Anm. 5; v. Gamm, a.a.O., S. 34; Günther, Europäische und nationale Wettbewerbspolitik in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift f. F. Böhm, 1965, S. 279 ff., 295 f.; Ellis, a.a.O., S. 331; Van Damme, De machtpositie in de gemeenschappelijke markt, S.E.W. 1965, S. 334 ff., 345 und 347 f.; ders., La mise en oeuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome, Cahiers de droit européen 1966, S. 35 ff., 402 ff., 424 Nr. 70; Bollack, a.a.O., S. 238 f. und Franceschelli-Plaissant-Lassier, Droit européen de la concurrence 1966, Nr. 196.

111) Hefermehl, Beurteilung von Fusionen und Konzernbildungen nach Art. 85 und 86 EWGV in: Festschrift f. H.C. Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 771 ff., 789 ff.; ders., Unternehmenszusammenschlüsse im Lichte der Art. 85 und 86 EWGV in: Kooperation und Konzentration im Gemeinsamen Markt, 1968, S. 59 ff., 65 ff.; ders., Generalbericht vor dem Vierten Internationalen Kongress für Europarecht in Rom vom 10.-13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs, S. 29;

schließlich sieht im Mißbrauchsverbot des Art. 86, wie schon oben bei der Untersuchung des Mißbrauchsbegriffs angedeutet, nicht nur ein Instrument der Verhaltenskontrolle, sondern, jedenfalls im begrenzten Umfang, auch ein solches der Marktstrukturkontrolle, durch das eine "Monopolisierung" der Märkte verhindert werden könne. 112)

Fortsetzung der Fußn. 111) von S. 196:

Fikentscher, Systemfragen im Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in: Festschrift f. F. Böhm, 1965, S. 261 ff.; ders., Unternehmenskonzentration und Meldepflicht in: Festschrift f. H.C. Nipperdey, 1965, Bd. II, 159 ff., 168 ff. und DB 1966, S. 689 ff.; Willemetz, L'application de l' article 86 du Traité de la C.E.E. in: Cahiers de droit européen, 1966, S. 583 ff., 595; v.d. Grinten, Concentraties in de Gemeenschappelijke Markt, S.E.W. 1966, 409 ff., 419; Mestmäcker, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWGV in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift f. W. Hallstein, 1966, S. 322 ff., 336; van Ommeslaghe, Die Anwendung der Art. 85 und 86 des Rom-Vertrages auf Fusionen, Gesellschaftszusammenschlüsse und Gemeinschaftsunternehmen in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1967, S. 41 ff., 104 ff.; Steindorff, Hindernisse aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. Nr. 109, (1968), S. 186 ff., 201 ff., oben und im folgenden "Referat" genannt; Dabin, Bericht über die Lage nach belgischem und EWG-Wettbewerbsrecht vor dem Vierten Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10.-13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs, im folgenden "Bericht" genannt.

112) Vgl. das Memorandum der EWG-Kommission zum Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, a.a.O., S. 24 ff. sowie den 9. Gesamtbericht der Kommission, Juni 1966, S. 81 Nr. 77; v.d. Groeben, Die Wettbewerbspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, Rede vor dem Europäischen Parlament vom 16.6.1965, S. 20; Mestmäcker, a.a.O., S. 336 ff.; Schlieder, Hindernisse aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über Kartelle und marktbeherrschende Stellungen in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. Nr. 109, S. 215 ff., 220 ff., oben und im folgenden "Referat" genannt; Verloren van Themaat, Bericht über die Lage nach niederländischem Wettbewerbsrecht und nach Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags vor dem Vierten Internationalen Kongreß für Europarecht in Rom vom 10.-13.10.1968 zum Thema: Zusammenschlüsse über die Grenze im Rahmen des EWG-Bereichs, oben und im folgenden "Bericht" genannt, S. 12 ff.

Im folgenden soll zunächst die Argumentation der ersten und zweiten Gruppe und daran anschließend die der dritten Gruppe näher erläutert werden. Eine kurze Darstellung der Vorschläge zur Einführung einer Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse wird dieses Kapitel abschließen.

1. Generelle Unanwendbarkeit von Art. 86 EWGV bzw. begrenzte Anwendbarkeit im Rahmen der in Art. 86 vorgesehenen Verhaltenskontrolle

a) Generelle Unanwendbarkeit

Diese Auffassung knüpft an den Wortlaut von Art. 86 EWGV an, wonach nur die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verboten ist. Daraus gehe eindeutig hervor, daß sich diese Vorschrift gegenüber der Marktmacht als solcher neutral verhalte.

Weder das Entstehen einer beherrschenden Stellung, sei es durch internes Wachstum, sei es durch externe Konzentrationsvorgänge, noch deren Aufrechterhaltung bzw. weitere Verstärkung bis zur vollständigen Monopolisierung des Marktes werde vom Verbot des Art. 86 erfaßt. Erst die mißbräuchliche Ausnutzung der jeweils bestehenden Marktmacht löse die Verbotsfolge aus, wobei zu beachten sei, daß sich das Verbot auch insoweit nur gegen die Ausnutzungshandlung, nicht gegen die Marktposition selbst richte. Die beherrschende Stellung als solche bleibe in jedem Falle unangetastet. [113]

Zwar sei es richtig, daß mit zunehmender Monopolisierung des Marktes auch das Risiko einer mißbräuchlichen Ausnutzung wachse. Die bloße Wahrscheinlichkeit eines Mißbrauchs reiche aber nicht aus, um Art. 86 zur Anwendung zu bringen; Art. 86 fordere die tatsächliche Verwirklichung eines Mißbrauchs auf dem Markt. [114] Auch bei einer vollständigen Monopolisierung des Marktes sei die Annahme einer unmittelbar folgenden Mißbrauchshandlung nicht zwingend. Indem in Art. 86 nicht jede, sondern nur die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verboten sei, werde indirekt anerkannt, daß marktbe-

113) Vgl. Deringer, Art. 86 Anm. 1; Hefermehl, Beurteilung von Fusionen, a.a.O., S. 789 ff.; ders., Unternehmenszusammenschlüsse a.a.O., S. 66 ff.; ders., Generalbericht, S. 21 f.; Fikentscher, Unternehmenskonzentration, Festschrift f. F. Böhm, S. 275 ff. und DB 1966, 690 f.; van Ommeslaghe, a.a.O., S. 106 f.; Dabin, Bericht, S. 24 ff. sowie grundsätzlich auch Steindorff, Referat, S. 202 ff.

114) Vgl. Hefermehl, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 75 und van Ommeslaghe, a.a.O., S. 107.

herrschenden Unternehmen einschließlich Monopolunternehmen trotz fehlenden Wettbewerbsdrucks immer noch echte Verhaltensalternativen offen stehen. [115]

Schließlich betreffe das Mißbrauchsverbot des Art. 86, wie die Beispiele in Art. 86 lit. a-d zeigten, nur äußeres Marktverhalten; das Wesen eines Unternehmenszusammenschlusses sei es aber gerade, daß er sich in einem inneren Vorgang der Umstrukturierung von Unternehmen vollziehe. Die Möglichkeit einer Einbeziehung solcher inneren Vorgänge in den Verbotsbereich von Art. 86 könne nicht aus Art. 86 lit. b hergeleitet werden. Auch die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung seien Maßnahmen, die wegen ihrer direkten Auswirkungen auf die Marktverhältnisse zum Marktverhalten der Unternehmen zu rechnen seien. [116]

Dabei sei zuzugeben, daß ein Zusammenschluß mit einem Unternehmen in beherrschender Stellung die gleichen nachteiligen Wirkungen für Verbraucher und Außenseiter haben könne, wie die im Beispielskatalog des Art. 86 EWGV aufgeführten Mißbrauchstatbestände. Aus der Möglichkeit der gleichen nachteiligen Wirkung lasse sich indessen nicht folgern, daß eine Unternehmenskonzentration als solche mißbräuchlich und verboten sein müsse. Vielmehr zeige die im Montanunion - Vertrag erfolgte Sonderregelung für Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 66 § 1-6 EGKSV), die im Gegensatz zu der ebenfalls in diesem Vertrag normierten Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (Art. 66 § 7 EGKSV) nicht in den EWG-Vertrag aufgenommen wurde, sowie die in Art. 86 EWGV selbst zum Ausdruck kommende Unterscheidung zwischen der beherrschenden Stellung und ihrer mißbräuchlichen Ausnutzung, daß der EWG-Vertrag Zusammenschlüssen als solchen grundsätzlich wertneutral gegenüber stehe. [117]

b) Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV unter dem Gesichtspunkt des Konzentrationszwanges

Vom Grundsatz der Unanwendbarkeit von Art. 86 auf Unternehmenszusammen-

---

115) Vgl. Hefermehl, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 67 und 74; ders., Generalbericht, S. 22 sowie Dabin, Bericht, S. 21 und 25.

116) Vgl. Hefermehl, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 72 und van Ommeslaghe, a.a.O., S. 107; a.A. die EWG Kommission in ihrem Memorandum, a.a.O., S. 26 Nr. 25, vgl. oben S. 193 f.

117) Vgl. Hefermehl, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 73; ders., Generalbericht, S. 28 f. und van Ommeslaghe, a.a.O., S. 106.

schlüsse, so ist heute fast allgemein anerkannt [118], sei nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn ein oder mehrere Unternehmen die beherrschende Stellung dazu benutzen, ein anderes Unternehmen durch diskriminierende oder behindernde Maßnahmen, wie z.B. durch planmäßige Preisunterbietungen, zum Zusammenschluß zu zwingen. Dies ist allerdings insofern keine echte Ausnahme vom Grundsatz der Unanwendbarkeit von Art. 86 auf Zusammenschlüsse, als auch in diesem Fall der Grund des Eingreifens von Art. 86 nicht der Zusammenschluß als solcher ist, sondern die Art und Weise, in der er zustande kam.

Nach Schlieder [119] sollen zu den aggressiven Verhaltensweisen, die auf einen Zusammenschluß gerichtet sind, auch die Angriffe auf Wettbewerber in Form sog. "take-over-bids" (Übernahmeangebote) zählen, nämlich dann, wenn die Eigentümer des bedrängten Unternehmens nur noch die Wahl haben zwischen dem Verkauf zum angebotenen Preis oder einem sonst drohenden Verdrängungswettbewerb durch das beherrschende Unternehmen.

Ist ein Fall des Konzentrationszwanges gegeben, so erfaßt nach allgemeiner Ansicht [120] das in Art. 86 ausgesprochene Verbot nicht nur die mißbräuchliche Verhaltensweise, die zu dem Zusammenschluß geführt hat, sondern konsequenterweise auch den Zusammenschluß selbst. Das hat weiter zur Folge, daß, da nach überwiegender Meinung alle vom Verbot betroffenen Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB nichtig sind [121], auch die dem Zusammenschluß zugrunde liegenden Verträge keine Wirksamkeit haben, und die zusammengeschlossenen Unternehmen daher zu entflechten sind. [122]

Indessen ist der Tatbestand des Konzentrationszwangs nicht notwendig der einzige Fall, in dem die Anwendung von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse in der Art und Weise einer reinen Verhaltenskontrolle möglich erscheint. Dies machen die beiden folgenden Vorschläge deutlich.

---

118) Vgl. insbesondere Hefermehl, Beurteilung von Fusionen, a.a.O., S. 792 ff. und Steindorff, Referat, S. 204 sowie die übrigen in Anm. 111 genannten Autoren. Vgl. dazu außerdem die Ergebnisse des Professorengutachtens im Memorandum der EWG-Kommission zur Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 22 Nr. 4 sowie das Memorandum selbst, S. 26 Nr. 25.

119) Referat, S. 221. Zustimmend Verloren van Themaat, Bericht, S. 17.

120) Vgl. dazu die Hinweise in Anm. 118.

121) Vgl. dazu oben S. 195.

122) Vgl. Hefermehl, Beurteilung von Fusionen, a.a.O., S. 793 f.; Fikentscher, Systemfragen, a.a.O., S. 275 und Unternehmenskonzentration, DB 1966, 691.

c) Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV unter dem Gesichtspunkt der mißbrauchsgezielten Konzentration

Nach diesem von Fikentscher [123] kommenden Vorschlag soll Art. 86 außer in den auch von ihm anerkannten Fällen des Konzentrationszwanges [124] ausnahmsweise auch dann Anwendung finden, wenn durch den Unternehmenszusammenschluß erst eine beherrschende Stellung zum Entstehen kommt, diese aber ausschließlich zu dem nachweisbaren Zweck angestrebt wird, sie unmittelbar nach ihrer Erlangung mißbräuchlich auszunutzen, also beispielsweise um unangemessene Preise zu erzwingen. [125] In diesem Fall sei der Zusammenschluß selbst schon verbotswidrig. Dabei hält auch Fikentscher daran fest, daß sich Art. 86 nicht grundsätzlich gegen die Entstehung marktbeherrschender Stellungen als solche richte, auch wenn dies eine Beschränkung des Wettbewerbs zur Folge habe. Auch nach seiner Auffassung beschränkt sich die Kontrolle in Art. 86 auf das Marktverhalten beherrschender Unternehmen. Diese strenge Unterscheidung zwischen Marktstruktur und Marktverhalten sei aber dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn schon bei Erwerb der herrschenden Stellung deren mißbräuchliche Ausnutzung mit Sicherheit zu erwarten sei. In einem solchen Falle sei es geboten, nicht erst die mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung abzuwarten, sondern gleich gegen den den Mißbrauch ermöglichenden Akt, die Schaffung der beherrschenden Stellung, vorzugehen. Wer nachweislich mit der Konzentration das Ziel eines Mißbrauchs verfolge, könne sich gerechterweise nicht darauf berufen, daß nicht die Marktbeherrschung als solche, sondern erst ihr Mißbrauch dem Verbot des Art. 86 unterliege. [126]

---

123) Vgl. Fikentscher, Systemfragen, a.a.O., S. 276 ff. und Unternehmenskonzentration, DB 1966, 691; vgl. außerdem die Ergebnisse der Professorengutachten im Memorandum der EWG-Kommission, a.a.O., S. 22 Nr. 4.

124) Fikentscher nennt diese Fälle "beherrschungsbedingte Verflechtungen", vgl. Unternehmenskonzentration, DB 1966, 691. Ob Fikentscher in diese Kategorie mißbräuchlicher Zusammenschlüsse auch solche einordnen würde, die nur eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zeigen, wird nicht ganz klar. Einerseits nennt er als Beispiel neben dem Fall des Konzentrationszwangs auch "die Konzernierung eines marktbeherrschenden Oligopols unter Ausnutzung der Marktbeherrschung" (DB 1966, S. 691). Andererseits betont er aber, daß der Zusammenschluß bereits marktbeherrschender Unternehmen an sich erlaubt sei (a.a.O., S. 692).

125) Vgl. Systemfragen, a.a.O., S. 276 und Unternehmenskonzentration, DB 1966, 691.

126) Systemfragen, a.a.O., S. 278 und Unternehmenskonzentration, DB 1966, 691.

d) Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV unter dem Gesichtspunkt des Rechtsformenmißbrauchs

Auch in diesem von Steindorff [127] vorgeschlagenen Anwendungsfall von Art. 86 wird, ähnlich wie bei Fikentscher, maßgeblich auf die mit dem Zusammenschluß verfolgte Absicht abgestellt. Anders als Fikentscher bezieht Steindorff jedoch die Maßstäbe für seine Interpretation des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 im wesentlichen aus dem Kartelltatbestand des Art. 85 EWGV.

Diese Verknüpfung mit Art. 85 geschieht in der Weise, daß Steindorff zunächst Art. 85 auf seine Anwendbarkeit auf Unternehmenszusammenschlüsse untersucht und dabei zu dem Ergebnis kommt, daß mit Art. 85 bestenfalls solche Zusammenschlüsse erfaßt werden könnten, die Größenordnungen erreichen, die mit der von der Rechtsordnung angestrebten Marktstruktur unvereinbar sind, wobei dem in Art. 66 § 2 Abs. 2 EGKSV zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsprinzip folgend auf die Größe der auf dem betreffenden Markt und außerhalb bereits vorhandenen Unternehmen Rücksicht zu nehmen sei. [128] Da aber mit Unternehmenszusammenschlüssen in der Regel in erster Linie andere Ziele als solche der Wettbewerbsbeschränkung verfolgt würden und da gerade hinsichtlich ihrer diesbezüglichen Beurteilung noch eine große Unsicherheit bestehe, müsse von einer Anwendung von Art. 85 auf Unternehmenszusammenschlüsse überhaupt abgesehen werden. [129]

Wenn nun aber ein Unternehmenszusammenschluß, so argumentiert Steindorff weiter, nachweislich primär auf eine Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Art. 85 gerichtet sei, dann stelle sich die obengenannte Schwierigkeit einer sachgerechten Beurteilung des Konzentrationsvorgangs nicht,und es entfalle somit der Grund für eine Freistellung vom Verbot. In diesem Falle werde vielmehr eine an sich erlaubte Rechtsform zu einem Zweck gebraucht, zu dem sie nicht erlaubt sei. Damit sei aber ein Fall des Rechtsformenmißbrauchs gegeben, der unter den Mißbrauchsbegriff in Art. 86 EWGV zu subsumieren sei. [130] Da jedoch die Anwendung von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse nicht nach strenge-

---

127) Vgl. Referat, S. 204 ff.

128) Vgl. Referat, S. 188 ff., insbes. S. 194 f.

129) Vgl. Referat, S. 196.

130) Vgl. Referat, S. 205. Der von Hefermehl (Generalbericht, S. 23) erhobene Einwand, ein solcher Rechtsformenmißbrauch sei nicht nach Art. 86, sondern unter Hinweis auf das französische Recht als ein Scheingeschäft zur Umgehung des Kartellverbots nach Art. 85 zu beurteilen, ist unserer Meinung nach nicht zwingend; vgl. insoweit die ähnlichen Fallkonstellationen in §§ 12 und 104 GWB.

ren Maßstäben erfolgen dürfe, als dies nach Art. 85 im Falle seiner Anwendbarkeit möglich wäre, müsse sich die Bekämpfung von Konzentrationsvorgängen nach Art. 86 auf solche Rechtsformenmißbräuche beschränken, "die den Wettbewerb im (gesamten) relevanten Markt in einer mit der erwünschten Marktstruktur unvereinbaren Weise beeinträchtigen." [131] Die Erfüllung dieser zweiten Voraussetzung setze im übrigen nach den für Art. 85 diesbezüglich aufgestellten Anforderungen Unternehmen solcher Größenordnungen voraus, daß angenommen werden könne, daß wenigstens eines davon eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt einnehme. Damit bereite auch diese Tatbestandsvoraussetzung in Art. 86 im Falle eines Rechtsformenmißbrauchs keine Schwierigkeiten. [132]

2. Begrenzte Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV i.S. einer Marktstrukturkontrolle

a) Ausgangspunkt dieser Auffassung [133] ist, daß als mißbräuchlich i.S. von Art. 86 nicht nur "monopolistische" Praktiken anzusehen seien, deren Unwertcharakter sich bereits aus der Art und Weise ihrer Anwendung und Durchsetzung bzw. dem damit verfolgten Zweck ergebe; Mißbilligung verdiene auch ein ganz normales Geschäftsverhalten, die Benutzung von an sich zulässigen rechtlichen und ökonomischen Mitteln und Gestaltungsmöglichkeiten durch beherrschende Unternehmen, wenn dies gesamtwirtschaftlich, aber auch für Dritte, zu nachteiligen Folgen führen würde. [134]

So komme es bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nicht allein darauf an, unter welchen Begleitumständen und mit welcher Absicht diese vollzogen würden; ebenso entscheidend sei, welche Wirkung ein Zusammenschluß

---

131) Vgl. Referat, S. 208 sowie S. 195 und 205. Danach sind also nicht alle Konzentrationsvorgänge, die primär auf eine Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 85 ausgerichtet sind, als mißbräuchlich i.S. von Art. 86 anzusehen, sondern nur solche, die zusätzlich die oben genannte Größenordnung erreichen. Dies verkennt Verloren van Themaat, Bericht S. 17 und wohl auch Hefermehl, Generalbericht S. 23.

132) Vgl. Referat S. 205.

133) Vgl. dazu die Literaturhinweise oben in Anm. 112.

134) Vgl. Schlieder, Referat, S. 221 f. sowie Günther, The significance of the concept "to take improper advantage of a dominant position" in: Antitrust Developments in the European Common Market, Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly of the Committee on the Judiciary, US Senate, 1963, S. 81 ff., 88.

auf den Wettbewerb im relevanten Markt habe. Denn auch Unternehmenszusammenschlüsse an sich seien wettbewerbserhebliches Verhalten, durch das die Marktstruktur verändert und im Zusammenhang damit die Wettbewerbs- und Wahlfreiheit der Marktteilnehmer beschränkt werden könne. [135] Dies werde am Beispiel horizontaler Zusammenschlüsse, durch die die Zahl der Wettbewerber vermindert und dadurch direkt Wettbewerb ausgeschaltet werde, besonders deutlich. [136]

b) Daß auch solche Fälle wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens unter den Mißbrauchsbegriff des Art. 86 subsumiert werden könnten, ergebe sich, so wird insbesondere im Memorandum der Kommission [137] und bei Schlieder [138] argumentiert, aus dem im Beispielskatalog des Art. 86 unter dem Buchstaben b) angeführte Mißbrauchsfall der "Einschränkung der Erzeugung zum Nachteil der Verbraucher". Dieses Beispiel eines mißbräuchlichen Verhaltens mache deutlich, daß sich das Mißbrauchsverbot des Art. 86 nicht nur gegen unmittelbar schädigende monopolistische Handlungen auf dem Markt richte, sondern daß auch ein solches Verhalten erfaßt werde, das sich zunächst nur als ein ganz neutraler, unternehmensinterner Vorgang darstelle, der aber mit nachteiligen Folgen für die Marktteilnehmer verbunden sei. Ergänzend führt Mestmäcker aus [139], daß auch der Regelung in Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV zu entnehmen sei, daß für den EWG-Vertrag grundsätzlich auch die wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines ansonsten erlaubten Verhaltens erheblich sei.

c) Diese Auslegung des Mißbrauchsbegriffs, so betont insbesondere Schlieder [140], sei auch in Einklang zu bringen mit dem übrigen Wortlaut des Art. 86. Zwar verlange dieser eine mißbräuchliche "Ausnutzung" einer beherrschenden Stellung, was zunächst nur auf den finalen Einsatz dieser Stellung hindeute; solle das Verbot aber eine praktische Bedeutung behalten, müßten auch Handlungen genügen, die einen Schaden bewirken, der kausal auf die beherrschende Stellung zurückzuführen sei.

---

135) Vgl. Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 331 f.; Schlieder, Referat, S. 222; Verloren van Themaat, Bericht, S. 12 sowie das Memorandum der Kommission, a.a.O., S. 26 Nr. 25.

136) So auch Fikentscher, Unternehmenskonzentration, DB 1966, 690 mit Hinweis auf Borchardt - Fikentscher, a.a.O., S. 31.

137) A.a.O., S. 26 Nr. 25; vgl. dazu oben S. 193 f.

138) Referat, S. 221 f.

139) Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 343.

140) Referat, S. 222 und 224.

d) Was schließlich den Maßstab betrifft, nach dem zu beurteilen ist, wann ein im Hinblick auf seine Wirkung auf den Wettbewerb nachteiliges Verhalten mißbräuchlich ist, so verweisen die Kommission und die genannten Autoren auf die Zielsetzung des Vertrags und die Rolle, die die Wettbewerbsregeln bei der Durchsetzung dieser Ziele zu übernehmen hätten. Integrierender Bestandteil der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes sei nach Art. 3 lit. f EWGV die Schaffung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs. Zweck der Art. 85 und 86 sei es insoweit, die Funktionsfähigkeit dieses Wettbewerbs vor Eingriffen der Marktbeteiligten zu schützen.

Diese Funktion der Wettbewerbsregeln im Gesamtsystem dieses Vertrages ergebe sich für den Fall des Kartellverbots ausdrücklich aus Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV, wonach unter das Verbot fallende Kartellverträge, die den beteiligten Unternehmen ermöglichen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten, selbst dann nicht vom Verbot freigestellt werden können, wenn mit ihnen auf andere Weise nicht zu erreichende Rationalisierungsvorteile verbunden sind. Diese Regelung habe aber über die begrenzte Gültigkeit im Rahmen von Art. 85 hinaus auch Bedeutung für die Auslegung von Art. 86. Denn in dieser Regelung komme der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, daß nach dem Vertrag ein Mindestmaß funktionsfähigen Wettbewerbs erhalten bleiben müsse. Für die Auslegung von Art. 86 folge daraus, daß ein Zusammenschluß, an dem ein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt ist und der die Wirkung hat, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten, eine mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt darstelle. [141]

---

141) So im Grundsatz übereinstimmend, wenn auch, wie noch zu zeigen sein wird, in der Konsequenz verschieden weitgehend das Memorandum der Kommission, a.a.O., S. 26 Nr. 26; Mestmäcker, Unternehmenskonzentration, a.a.O., S. 342 ff.; Schlieder, Referat, S. 223; Verloren van Themaat, Bericht, S. 14 ff. So ließe sich auch Fikentscher, Systemfragen, a.a.O., S. 277, verstehen, wenn er betont, der Mißbrauchsbegriff in Art. 86 müsse Art. 85 Abs. 3 ersetzen. Mestmäcker und Verloren van Themaat stützen sich bei dieser Interpretation von Art. 86 insbes. auf die vom Europäischen Gerichtshof praktizierte teleologische Auslegungsmethode; Mestmäcker unter Hinweis auf die Entscheidung in der Rechtssache 13/60, EuGH Bd. VIII, 1962, S. 181 ff., in der es um die Auslegung und die Anwendung des mit Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV vergleichbaren Art. 65 § 2 lit. c EGKSV ging (a.a.O., S. 343 ff.); Verloren van Themaat unter Bezugnahme auf Chevallier, Methods and Reasoning of the European Court in its Interpretation of Community Law, C.M.L.R. 1964-65, S. 21 ff. (a.a.O., S. 13 f.).

Würde man dieser Auslegung von Art. 86 EWGV nicht folgen, so betont Verloren van Themaat [142], würde man also das Zustandekommen von Marktmacht, gleich welchen Ausmaßes, einschließlich des Monopols, hinnehmen und sich mit einer reinen Verhaltenskontrolle begnügen, so müßte dies zwangsläufig zu dirigistischen Überwachungsmaßnahmen gegenüber Großunternehmen durch die Kommission führen, was sicher nicht im Sinne des Vertrags sein könne.

e) Zur Frage, wo genau der Punkt anzusetzen ist, von dem ab ein Zusammenschluß als mißbräuchlich im obengenannten Sinne anzusehen ist, gehen die Stellungnahmen im einzelnen auseinander.

aa) Im Memorandum der Kommission wird zunächst nur der Fall genannt, daß der von einem beherrschenden Unternehmen ausgehende Zusammenschluß die völlige Monopolisierung, d.h. die völlige Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Markt bewirkt. [143] Daneben findet sich in dem Memorandum aber auch der Satz: "Je mehr sich ein Unternehmen in beherrschender Stellung durch Zusammenschlüsse mit anderen Unternehmen der Monopolisierung nähert und infolgedessen die Wahlmöglichkeit der Abnehmer, Lieferanten und Endverbraucher in Frage stellt, desto eher besteht die Wahrscheinlichkeit, daß es in die Mißbrauchszone gerät". [144]

bb) Schlieder [145] interpretiert diese Bemerkung so, daß die Kommission damit auch solche Zusammenschluß-Fälle ansprechen wollte, die nicht nur eine Monopolisierung im engeren Sinne zur Folge haben. Schlieder selbst hält schon Zusammenschlüsse für mißbräuchlich, in denen "durch das Verschwinden des Konkurrenzunternehmens die Zahl der Anbieter über das marktwirtschaftlich erforderliche Mindestmaß hinaus herabgesetzt wird". [146]

cc) Ähnlich folgert Verloren van Themaat aus dieser Bemerkung im Memorandum der EWG-Kommission, daß auch schon die Schaffung gewisser "Oligopollagen" unter das Verbot des Art. 86 fallen könnten. [147] Für ihn ist, in direkter Anlehnung an Art. 85 Abs. 3 lit. b ein Zusammenschluß dann mißbräuchlich, wenn dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, "für einen wesentlichen Teil der

---

142) Bericht, S. 15 f.

143) Vgl. das Memorandum der Kommission, a.a.O., S. 26 Nr. 26 sowie oben S. 193 f. Insoweit übereinstimmend auch Steindorff, Referat, S. 203 und Willemetz, a.a.O., S. 595.

144) Vgl. das Memorandum der Kommission, a.a.O., S. 26 Nr. 27.

145) Referat, S. 223.

146) A.a.O.

147) Bericht, S. 12 und 17.

betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten", wobei unter Ausschaltung des Wettbewerbs die Funktionsunfähigkeit desselben zu verstehen sei. Dies setze nicht notwendig ein absolutes Monopol voraus. Je nach Marktlage könne ein Unternehmen schon mit einem Marktanteil von 70, 50 oder sogar nur 30 % den Wettbewerb im relevanten Markt funktionsunfähig machen. [148]

dd) Demgegenüber ist der Mißbrauchsbegriff bei Mestmäcker enger gefaßt: Reicht es nach der Definition von Verloren van Themaat aus, daß durch den Zusammenschluß die M ö g l i c h k e i t zur Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs eröffnet werde, so fordert Mestmäcker, daß der Zusammenschluß die W i r k u n g habe, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. [149]

f) Auch die Befürworter einer strukturellen Anwendung von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse tragen grundsätzlich dem Erfordernis des Vorhandenseins einer beherrschenden Stellung auf seiten eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen Rechnung. Indessen bleiben die Anforderungen, die für den Fall des Unternehmenszusammenschlusses an dieses Erfordernis gestellt werden, unklar.

Während nach dem Memorandum der Kommission in der Marktbeherrschung die Fähigkeit gesehen wird, einen wesentlichen Einfluß auf das Marktgeschehen auszuüben [150], was, so wird man das Memorandum verstehen müssen, zunächst einmal des Nachweises bedarf, hält Verloren van Themaat das Erfordernis der beherrschenden Stellung automatisch für gegeben, wenn der Zusammenschluß die Beeinträchtigung des Systems des funktionsfähigen Wettbewerbs zur Folge hat. [151] Denn, so argumentiert er, genauso wie von dem auf dem Markt eingesetzten mißbräuchlichen Kampfmittel auf die es ermöglichende Marktmacht zurückgeschlossen werde, so müsse es auch hier zulässig sein, aus der Tatsache, daß der Zusammenschluß die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bewirkt habe, zu folgern, daß schon vor dem Zusammenschluß eine beherrschende Stellung vorgelegen habe. [152] Im übrigen verweist er darauf, daß eine beherrschende Stellung keine absolute, sondern eine relative Größe sei. [153]

---

148) A. a. O., S. 17 und 21.
149) Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a. a. O., S. 345 und 347 f.
150) Vgl. das Memorandum der Kommission, a. a. O., S. 25 Nr. 22.
151) Verloren van Themaat, Bericht, S. 14 f.
152) A. a. O.
153) A. a. O., S. 15 Anm. 19 und S. 18; vgl. dazu oben S. 177 f.

Auch Mestmäcker vermeidet es, den Begriff der beherrschenden Stellung und insbesondere dessen Verhältnis zu der als Mißbrauch verstandenen Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs näher zu erläutern. [154] Er weist lediglich darauf hin, daß eine beherrschende Stellung beispielsweise in der Macht bestehen könne, die Preise ohne wesentliche Rücksichtnahme auf Wettbewerber zu bestimmen. [155] Andererseits hält er das Erfordernis der beherrschenden Stellung auch dann für gegeben, wenn das betreffende Unternehmen lediglich über eine überlegene Finanzkraft verfügt. [156]

g) Verstößt ein Zusammenschluß in dem dargelegten Sinne gegen Art. 86, so könne durch die Kommission, dies betont insbesondere Verloren van Themaat, nach Art. 3 VO Nr. 17 die Beendigung, d.h. die Entflechtung des Zusammenschlusses angeordnet und im Falle einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Zuwiderhandlung nach Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 eine Geldbuße festgesetzt werden. [157]

3. Vorschläge zur Einführung einer Meldepflicht für Unternehmenszusammenschlüsse

a) In dem dem Memorandum der EWG-Kommission zur Unternehmenskonzentration zugrunde liegenden Professorengutachten wird empfohlen, zur Erleichterung der Anwendung von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse im Wege einer Durchführungsverordnung nach Art. 87 EWGV ein Überwachungssystem einzuführen, das, vergleichbar mit § 23 GWB, bestimmte Konzentrationsvorgänge meldepflichtig macht. [158]

b) Fikentscher, ein Mitglied dieser Professorengruppe, führt dazu an anderer

---

154) Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 346.

155) A.a.O.

156) A.a.O., S. 348.

157) Verloren van Themaat, Bericht, S. 20.

158) Vgl. das Memorandum der Kommission, a.a.O., S. 22 Nr. 4 a. E. sowie Everling in: Wohlfahrth - Everling - Glaesner - Sprung, Art. 86 Anm. 12. Diese Anregung hat die Kommission inzwischen aufgenommen. Geplant ist die Einführung einer Meldepflicht für fusionswillige Unternehmen, die in besonders stark konzentrierten Sektoren wie der Stahl-, Glas-, Elektronik- und Automobilzuliefererindustrie, tätig sind vgl. Meldepflicht für Großfusionen, FAZ v. 19.3.1969, S. 13.

Stelle aus [159], daß, da eine Verordnung nach Art. 87 EWGV der "Verwirklichung der in den Art. 85 und 86 niedergelegten Grundsätze" zu dienen habe, eine solche Meldepflicht für Vorgänge der Unternehmenskonzentration sich am Verbotsbereich von Art. 86 auszurichten habe. Nur was nach Art. 86 grundsätzlich verbietbar sei, könne zum Inhalt einer Meldepflicht gemacht werden. [160] Da es aber widersinnig wäre, den Mißbrauch selbst meldepflichtig zu machen, könne nur an Tatbestände angeknüpft werden, die die Vermutung des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung begründen. Dies seien Zusammenschlüsse, die eine beherrschenden Stellung entweder begründen oder verstärken. Als Kriterium für die Bemessung mutmaßlich beherrschender Stellungen biete sich insbesondere der durch den Marktzusammenschluß erreichte Marktanteil der betreffenden Unternehmen an, wobei entsprechend § 23 GWB an einen Anteil von 20 % zu denken wäre.

Bei Zugrundelegung absoluter Kriterien (Beschäftigtenzahl, Umsatz oder Bilanzsumme) müsse den Größenverhältnissen des Gemeinsamen Marktes Rechnung getragen werden. [161]

c) Noch strengere Voraussetzungen für eine Meldepflicht stellt Verloren van Themaat auf. [162] Nach seinem Vorschlag für ein Überwachungssystem soll ein horizontaler Unternehmenszusammenschluß schon dann der Meldepflicht unterliegen, wenn eines der beteiligten Unternehmen einen Jahresumsatz von wenigstens 1 Mrd. R.E. erreiche, oder der gemeinsame Marktanteil der sich zusammenschließenden Unternehmen 10 % übersteige.

Bei vertikalen Unternehmenszusammenschlüssen werde die Meldepflicht ausgelöst, wenn wiederum eines der beteiligten Unternehmen einen Jahresumsatz von 1 Mrd. R.E. aufweise, oder wenn der Umsatz eines beteiligten Unternehmens aus Transaktionen mit Drittunternehmen auf dem Gemeinsamen Markt, die im Wettbewerb stehen mit einem anderen beteiligten Unternehmen, mehr als 10 Mill. R.E. oder mehr als 5 % des Gesamtabsatzes der relevanten Waren auf dem Gemeinsamen Markt ausmache. [163]

---

159) Vgl. Unternehmenskonzentration und Meldepflicht in: Festschrift f. H.C. Nipperdey, S. 159 ff. und DB 1966, 689 ff.

160) Vgl. DB 1966, 689.

161) A. a. O., S. 692.

162) Vgl. Bericht, S. 20 f.

163) A. a. O. Die von Verloren van Themaat insoweit aufgestellten Kriterien für eine Meldepflicht weisen eine große Ähnlichkeit auf mit den von der Antitrustabteilung des amerikanischen Justizministeriums veröffentlichten "merger guidelines" für die Anwendung von Section 7 Clayton Act; vgl. die "merger guidelines", a. a. O., insbes. Nr. 5, S. 9 und Nr. 12, S. 16 sowie oben S. 148 und S. 153 f.

II. Die Beurteilung der Stellungnahmen und Vorschläge im Lichte der amerikanischen Rechtsprechung

Nach diesem Überblick über die bisher in der Literatur zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse erfolgten Stellungnahmen erscheint es an der Zeit, die eigene Position in dieser Frage näher zu präzisieren. Dies geschieht am zweckmäßigsten zunächst in Form einer kritischen Auseinandersetzung mit den bereits ergangenen Lösungsvorschlägen. Dabei kann auf die bereits oben erarbeiteten allgemeinen Anforderungen, die an den Mißbrauchstatbestand des Art. 86 zu stellen sind [164], zurückgegriffen werden. Darüberhinaus und vor allem sollen aber die aus dem amerikanischen Recht der Unternehmenszusammenschlüsse gewonnenen Erkenntnisse im noch näher zu bestimmenden Umfange zur Beurteilung herangezogen werden. Insoweit ist es, wie schon eingangs dieser Arbeit erwähnt [165], von besonderem Interesse, welche Erfahrungen man im amerikanischen Recht mit der Anwendung einer Monopolmißbrauchsvorschrift auf Konzentrationsvorgänge gemacht hat, welche Auslegung dieses Tatbestandes dazu erforderlich war, wo die objektiven Grenzen der Anwendbarkeit einer solchen Norm auf Unternehmenszusammenschlüsse liegen, und welche andere befriedigendere Lösung für eine wirksame Kontrolle der Unternehmenskonzentration sich demgegenüber anbietet.

Bei dieser Gegenüberstellung der gegenwärtigen Diskussion um Art. 86 EWGV und der amerikanischen Entwicklung auf diesem Gebiet wird sich zeigen, daß es für eine Reihe von Stellungnahmen im Rahmen von Art. 86 gewisse parallele Betrachtungsweisen in der amerikanischen Rechtsprechungspraxis gegeben hat. Dies wird eine richtige Einschätzung der Bedeutung und des Gewichts, die diesen Lösungsvorschlägen als Beitrag zu einem wirksamen europäischen Recht der Unternehmenszusammenschlüsse zukommen, ermöglichen.

1. Die Auslegung von Art. 86 EWGV i.S. einer reinen Verhaltenskontrolle

a) Ein Unternehmenszusammenschluß, der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung auf dem Gemeinsamen Markt ausgeht, hat, das gehört zum Wesen eines Zusammenschlusses, nicht unmittelbar ein "Marktverhalten bezüglich derjenigen Güter und Leistungen zum Gegenstand...., für die das Unternehmen über eine beherrschende Stellung verfügt" [166]. Durch den Zusammenschluß

164) Vgl. oben S. 186 ff.
165) Vgl. oben S. 17.
166) Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 332.

selbst wird nur die Marktposition des betreffenden Unternehmens und damit die Möglichkeit zu unabhängigem Marktverhalten verbessert, wobei im Augenblick des Zusammenschlusses in der Regel noch ungewiß ist, welchen Gebrauch das Unternehmen insoweit von dieser erweiterten Machtposition tatsächlich machen wird. [167]

aa) Für die Auffassung, die in enger Anlehnung an den Wortlaut von Art. 86 für die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung ein einen Dritten schädigendes Marktverhalten bezüglich derjenigen Güter oder Leistungen fordert, für die das Unternehmen über eine beherrschende Stellung verfügt, bleibt daher in der Tat keine Möglichkeit, einen von einem beherrschenden Unternehmen ausgehenden Zusammenschluß als solchen zu erfassen, es sei denn, der Unternehmenszusammenschluß selbst wird unter Anwendung mißbräuchlichen Marktverhaltens erzwungen. [168]

bb) Von diesem Standpunkt aus gesehen erscheint es aber auch folgerichtig, eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Unanwendbarkeit des Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse dann anzunehmen, wenn der Zusammenschluß ausschließlich zum Zwecke des sich unmittelbar anschließenden Mißbrauchs der erreichten beherrschenden Stellung herbeigeführt wird. Denn in diesem Falle ist die Schwierigkeit, daß im Zeitpunkt des Vollzugs des Zusammenschlusses noch ungewiß ist, welchen Gebrauch das neue Unternehmen von der zugewachsenen Machtposition machen wird, durch das Vorhandensein eines auf den Mißbrauch der erreichten Position gerichteten Vorsatzes der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen gerade ausgeräumt. Dies gilt, wie Fikentscher zutreffend darlegt [169], für den Fall, daß durch den Zusammenschluß die beherrschende Stellung erst erreicht wird. Dies muß unseres Ermessens erst recht gelten für den Fall, in dem eine bereits bestehende beherrschende Stellung zum Zwecke des nachfolgenden Mißbrauchs weiter verstärkt wird. Der von Hefermehl [170] insoweit vorgebrachte Einwand, ein Vorgehen gegen den Zusammenschluß sei nur möglich, wenn dieser selbst der Kontrolle unterliege, hebt unseres Erachtens zu sehr auf die angeblich in Art. 86 vorgesehene Trennung von Marktstruktur und Marktverhalten ab. Diese Trennung erscheint zumindest dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn wie hier ein bestimmtes mißbräuchliches Marktverhalten die notwendige, da bezweckte Folge der angestrebten Marktposition ist. Indessen ist

---

167) A.a.O.

168) Vergleiche dazu insbes. Hefermehl, van Ommeslaghe, Dabin oben S. 198 ff.

169) Vgl. oben S. 201.

170) Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 71.

Hefermehl zuzugeben, daß der Nachweis der subjektiven Voraussetzung einer solchen "mißbrauchsgezielten" Konzentration nur selten gelingen wird. [171]

cc) Auf der gleichen Linie liegt der Vorschlag von Steindorff [172], unter dem Gesichtspunkt des Rechtsformenmißbrauchs solche Zusammenschlüsse unter das Verbot des Art. 86 zu bringen, die von Unternehmen in beherrschender Stellung ausgehen und die primär auf eine Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Art. 85 EWGV gerichtet sind. Auch hier fallen Zusammenschlüsse, die auch nach Auffassung von Steindorff grundsätzlich nicht durch Art. 86 angreifbar und daher erlaubt sind, nur ausnahmsweise unter das Mißbrauchsverbot, nämlich dann, wenn sie zu einem Zweck gebraucht werden, zu dem sie nicht erlaubt sind. Damit wird einem beherrschenden Unternehmen die Möglichkeit genommen, ein bestimmtes Verhalten, das es wegen des bestehenden Kartellverbots nicht verwirklichen kann, auf dem Wege der Konzentration durchzusetzen. Es besteht kein Zweifel, daß mit diesem "Ausweichen in die Konzentration", insbesondere bei der derzeitigen ungleichen Behandlung von rechtlichen und faktischen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags, Fälle angesprochen sind, die in der Praxis sehr häufig anzutreffen sein werden. Indessen dürfte auch hier der Nachweis eines auf dem Konzentrationswege verfolgten Vorsatzes, den Wettbewerb zu beschränken, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. [173]

b) Allen diesen Fällen einer Anwendbarkeit von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse ist gemeinsam, daß sie an ein i.S. von Art. 85 oder 86 EWGV vorwerfbares wettbewerbsbeschränkendes Marktverhalten anknüpfen: sei es, daß ein nach Art. 86 verbotenes Marktverhalten dazu diente, den Zusammenschluß zu erzwingen; sei es, daß der Zusammenschluß mißbräuchliches Verhalten i.S. von Art. 86 unmittelbar nach dessen Vollzug ermöglichen soll; sei es, daß mit dem Zusammenschluß die Wirkung eines nach Art. 85 verbotenen Verhaltens erzielt werden soll. Nicht gegen den Zusammenschluß als solchen richtet sich der Vorwurf des Mißbrauchs; mißbräuchlich erscheint allein die Art und Weise seines Zustandekommens bzw. die mit ihm verfolgte Absicht; nur wegen dieser vorwerfbaren inneren oder äußeren Begleitumstände wird schließlich auch der Zusammenschluß selbst vom Verbot des Art. 86 erfaßt.

---

171) A.a.O.

172) Vgl. oben S. 202 f. Ähnliche Überlegungen wurden übrigens auch im französischen Recht angestellt, vgl. oben S. 10.

173) Vgl. dazu auch Mailänder, Mergers and Acquisitions in the Common Market, 1 N.Y.U.J. Int'l. L. & Pol. 19, 35 (1968).

c) Dies ist aber genau die Betrachtungsweise, die insbesondere in den 20iger Jahren, aber auch schon davor, die amerikanische Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act bestimmt hatte [174] und die wir als sog. abuse theory [175] kennengelernt haben. Auch danach war es erforderlich, daß ein Zusammenschluß, um vom "monopolizing"-Tatbestand der Sec. 2 Sherman Act erfaßt zu werden, durch sog. "predatory practices", d.h. durch offensichtlich schädigendes oder sonst i.S. von Sec. 1 Sherman Act vorwerfbares Marktverhalten, herbeigeführt wurde oder durch eine spezielle Monopolisierungsabsicht gekennzeichnet war. [176]

Nach beiden Auffassungen wird der Monopolmißbrauchstatbestand als ein Instrument verstanden, das nur der Kontrolle monopolistischer Praktiken, nicht aber der Verhinderung der Entstehung oder Verstärkung monopolistischer Positionen zu dienen bestimmt ist. Mögliche Veränderungen der Marktstruktur bleiben grundsätzlich außer Betracht. Aufgabe der Mißbrauchskontrolle ist es vielmehr allein, auf ein faires Marktverhalten hinzuwirken und direkte Übergriffe marktmächtiger Unternehmen in die verbliebene Wahl- und Wettbewerbsfreiheit anderer Marktteilnehmer abzuwehren.

d) Zwar ist es auch bei dieser Auslegung des Mißbrauchstatbestandes, wie beide Rechtsordnungen zeigen, möglich, gewisse Unternehmenszusammenschlüsse unter Kontrolle zu bringen. Insoweit spielt es noch nicht einmal eine Rolle, ob der betreffende Konzentrationsvorgang horizontaler, vertikaler oder konglomerater Art ist; dennoch dürfte mit dieser begrenzten Einflußmöglichkeit auf die Unternehmenskonzentration noch nicht allzuviel gewonnen sein. Der Fall des Konzentrationszwanges ist nicht gerade alltäglich. Der Erfassung der zahlenmäßig wohl häufigeren Fälle des Rechtsformenmißbrauchs sowie der mißbrauchsgezielten Verflechtungen begegnen, wie gesagt, erhebliche Beweisschwierigkeiten. Überhaupt nicht erfaßt werden bei dieser Auslegung des Mißbrauchstatbestands schließlich das Gros der Zusammenschlußfälle, die sog. einverständlichen oder friedlichen Konzentrationsvorgänge ohne eine "mißbräuchliche" Zweckgerichtetheit.

e) Nun wird zwar die Auffassung vertreten, daß auch mit einer einfachen Mißbrauchskontrolle, d.h. durch bloße Eingriffe in das Marktverhalten eine gewisse Marktstrukturkontrolle ausgeübt und, jedenfalls auf lange Sicht, der

---

174) Vgl. dazu besonders den U.S. Steel - und den International Harvester - Fall oben S. 34 ff. und S. 36 ff.

175) Vgl. oben S. 72 ff.

176) Vgl. oben S. 73 f.; vgl. insoweit auch die Hinweise bei Steindorff, Referat, S. 206 und Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 337 f.

Abbau beherrschender Stellungen bzw. die Verhinderung des Entstehens solcher Positionen bewirkt werden könnte. [177] Wie wenig realistisch diese Erwartung ist, zeigt jedoch die Entwicklung, die die Unternehmenskonzentration in den Vereinigten Staaten trotz Bestehens einer Monopolmißbrauchsvorschrift genommen hat sowie die Tatsache, daß man im Jahre 1950 schließlich mit der Neufassung von Sec. 7 Clayton Act zu einer direkten Fusionskontrolle übergegangen ist. [178]

2. Die Auslegung von Art. 86 EWGV i.S. einer Marktstrukturkontrolle

a) Die amerikanische Rechtsprechung war indessen, wie wir gesehen haben, nicht bei einer Anwendung von Sec. 2 Sherman Act i.S. der abuse theory stehen geblieben. Noch ehe mit der Neufassung von Sec. 7 Clayton Act im Jahre 1950 die Grundlagen geschaffen wurden für eine danach einsetzende konsequente Antikonzentrationsrechtsprechung, hatten die amerikanischen Gerichte mit der sog. structure theory den Versuch unternommen, durch eine Akzentverschiebung in der Auslegung den Sherman Act selbst zu einem effektiveren Instrument der Konzentrationskontrolle zu machen. Dabei verdient hervorgehoben zu werden, daß diese Entwicklung keinesfalls erst mit der Alcoa-Entscheidung des Jahres 1945 ihren Ausgang nahm. [179] Elemente der structure theory finden sich, wie wir gesehen haben, bereits in sehr frühen Entscheidungen zum Sherman Act. [180] Nach dieser Auffassung verstößt ein bestimmtes Verhalten eines Unternehmens schon dann gegen den Sherman Act, wenn es, obgleich äußerlich normalem Geschäftsverhalten entsprechend, eine nachteilige Wirkung auf die Marktstruktur zur Folge hat. Ein Zusammenschluß unterliegt daher, unabhängig von den Begleitumständen, unter denen er stattfindet, und von der Absicht, mit der er vollzogen wird, schon dann dem "monopolizing"-Vorwurf der Sec. 2 Sherman Act, wenn durch ihn objektiv eine "monopoly"-Position erreicht bzw. verstärkt und damit die Möglichkeit zu mißbräuchlichem Verhalten eröffnet bzw. erweitert wird. [181]

---

177) Vgl. dazu oben S. 74 sowie Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 336.

178) Vgl. oben S. 63 f.

179) Zur Alcoa-Entscheidung vgl. oben S. 41 ff.; vgl. ferner die USM-, die Grinnell- und die Lexington Bank-Entscheidung (S. 47 ff., 68 ff. und S. 65 ff.).

180) Vgl. insoweit die Northern Securities-Entscheidung (S. 27 ff.) sowie die übrigen sog. "railway merger"-Fälle (S. 32 ff.); vgl. ferner auch den Standard Oil- und den Corn Products-Fall (S. 29 ff. und S. 39 f.).

181) Zur structure theory insgesamt vgl. oben S. 75 ff.

b) Die Frage ist, ob die Gesichtspunkte, die zu dieser Interpretation des "monopolizing"-Begriffs in Sec. 2 Sherman Act geführt haben, auch für die Auslegung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 EWGV Bedeutung gewinnen können.

Wie wir schon weiter oben gesehen haben, hat die EWG-Kommission in ihrem Memorandum zur Unternehmenskonzentration, wenn auch in begrenztem Umfang, Gedankengänge der structure theory in ihre Überlegungen zur Anwendung von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse aufgenommen. [182] Noch stärker hat diese Betrachtungsweise in den diesbezüglichen Vorschlägen von Mestmäcker, Schlieder und Verloren van Themaat Berücksichtigung gefunden. [183] Dabei besteht kein Zweifel, daß mit einer solchen marktstrukturbezogenen Erweiterung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 ein sehr viel umfassenderes Instrument zur Kontrolle der Unternehmenskonzentration geschaffen wäre, als dies Art. 86 in der gegenwärtig überwiegend vertretenen Auslegung darstellt. [184]

c) Wäre demnach eine Übertragung der bei der Auslegung von Sec. 2 Sherman Act angestellten Überlegungen auf Art. 86 EWGV rechtspolitisch wünschenswert, so fragt es sich, ob dies mit der gegenwärtig geltenden Fassung von Art. 86 sowie mit Sinn und Zweck dieser Norm vereinbar ist.

An dieser Stelle erscheint es angebracht, zunächst einmal genauer auf die Unterschiede in der Wortfassung beider Vorschriften einzugehen. Während im Wortlaut von Art. 86 EWGV differenziert wird zwischen beherrschender Stellung eines oder mehrerer Unternehmen und der mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Stellung, wobei nur letzteres verboten ist, stellt Sec. 2 Sherman Act ganz allgemein das "Monopolisieren" unter ein Verbot. Schon damit wird deutlich, daß jedenfalls die amerikanische Fassung des Monopoltatbestands der structure theory sehr viel zugänglicher ist als die Fassung des EWG-Vertrags. Denn unter den Begriff des "Monopolisierens" kann man neben offensichtlichen monopolistischen Praktiken ohne weiteres auch solche Verhaltensweisen bringen, die, obwohl äußerlich "honestly industrial", objektiv das Entstehen einer Monopolstellung zur Folge

---

182) Vgl. oben S. 193 f.

183) Vgl. oben S. 203 ff. Mestmäcker nimmt dabei ausdrücklich auf die einschlägige amerikanische Entwicklung Bezug (Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 338 ff.).

184) Der Einwand, der Sherman Act habe auch in der Auslegung, die er durch die structure theory erfahren hat, nicht merklich die Konzentrationsentwicklung in den Vereinigten Staaten beeinflussen können, trifft nicht so sehr das Instrument zur Kontrolle der Konzentration, als vielmehr die Gerichte, die nur zögernd von diesem Instrument Gebrauch gemacht haben.

haben oder eine solche noch verstärken. So gesehen kann man sagen, daß die Entwicklung von der abuse zur structure theory bereits im Begriff der "Monopolisierung" angelegt war, ja daß, wie Mestmäcker [185] es ausgedrückt hat, im Verbot der "Monopolisierung" Marktstruktur und Marktverhalten letztlich zusammenfallen.

Demgegenüber scheint der Wortlaut von Art. 86 EWGV durch die scharfe Trennung von Marktstruktur (beherrschende Stellung) und Marktverhalten (mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung) die Übernahme von Elementen der structury theory in den Mißbrauchsbegriff von Art. 86 von vornherein wesentlich zu erschweren oder überhaupt unmöglich zu machen. [186] Dies wird im folgenden näher zu untersuchen sein. Wie schon die Diskussion bisher gezeigt hat, sind dabei im wesentlichen zwei Fragen von Bedeutung: Erstens, kann ein bestimmtes Verhalten eines beherrschenden Unternehmens, hier die Vornahme eines Unternehmenszusammenschlusses, allein wegen seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkung mißbräuchlich i.S. von Art. 86 EWGV sein? Zweitens, nach welchem Maßstab wäre die Mißbräuchlichkeit eines solchen Verhaltens zu messen?

aa) Wenn sich ein Unternehmen in beherrschender Stellung mit einem Wettbewerber zusammenschließt, so wird dadurch notwendig Wettbewerb beschränkt, mag es sich insoweit auch nur um "Restwettbewerb" handeln. [187] Die Frage ist, ob ein solches Verhalten als mißbräuchlich i.S. von Art. 86 angesehen werden kann.

(1) Daß Art. 86 neben nicht wettbewerbsgerechtem (unbilligem) Verhalten grundsätzlich auch wettbewerbsbeschränkendes Verhalten erfaßt, ergibt sich insbesondere aus den in Art. 86 lit. c und d angeführten Mißbrauchsfällen. [188] Allerdings trifft der Mißbrauchsvorwurf in diesen Fällen nicht allein die wettbewerbsbeschränkende Wirkung dieses Verhaltens, sondern auch die Art und Weise, in

---

185) Das marktbeherrschende Unternehmen, a.a.O., S. 17.

186) So insbes. Hefermehl, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 72 ff. und Generalbericht, S. 26 f. sowie Dabin, Bericht, S. 24 ff., der sich zuvor eingehend mit der Rechtsprechung zu Sec. 2 Sherman Act auseinandersetzt (a.a.O., S. 16 ff., insbes. 21 f.); vgl. dazu oben S. 198 ff.

187) Wesentlich schwieriger als bei horizontalen Zusammenschlüssen ist die Beurteilung der n o t w e n d i g e n wettbewerbsbeschränkenden Wirkung bei vertikalen und konglomeraten Konzentrationsvorgängen, vgl. dazu oben S. 152 ff. und S. 155 ff.

188) Vgl. dazu oben S. 189 Anm. 91 sowie Steindorff, Referat, S. 202.

der diese Wirkung herbeigeführt wird, nämlich unter Einsatz von Machtmitteln, die aufgrund der beherrschenden Stellung zur Verfügung stehen, durch unterschiedliche (diskriminierende) Behandlung der Handelspartner etwa oder durch Erzwingung von Koppelungsverträgen. [189]

(2) Andererseits ergibt sich aus dem in Art. 86 lit. b angeführten Beispielsfall, daß Art. 86 in seiner Anwendbarkeit nicht ausschließlich auf schon äußerlich als "monopolistische" Praktiken erkennbare Verhaltensweisen beschränkt bleibt, sondern auch solche Verhaltensweisen einschließt, die äußerlich vollkommen neutral nur eine nachteilige Wirkung auf die Marktverhältnisse haben. [190] Daß im übrigen dem EWG-Vertrag ein Anknüpfen an die wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines ansonsten nicht zu beanstandenden, ja ausdrücklich erlaubten Verhaltens nicht unbekannt ist, ergibt sich auch aus Art. 85 Abs. 3 lit. b. [191]

(3) Dennoch ist zu fragen, ob ein nur wegen seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkung als mißbräuchlich anzusehendes Verhalten als "Ausnutzung" einer beherrschenden Stellung verstanden werden kann. Dies wäre dann nicht möglich, wenn als Ausnutzungshandlungen nur solche Verhaltensweisen in Frage kämen, die erst durch die beherrschende Stellung ermöglicht werden. [192] Insoweit macht aber der in Art. 86 lit. b angeführte Mißbrauchsfall erneut deutlich, daß die betreffende Ausnutzungshandlung selbst nicht notwendig kausal auf das Bestehen einer beherrschenden Stellung zurückzuführen sein muß; es genügt, daß die damit verbundene W i r k u n g ursächlich auf die beherrschende Stellung zurückgeht. [193] So ist beispielsweise die Einschränkung der Erzeugung eine Maßnahme, die nicht nur beherrschenden Unternehmen vorbehalten, sondern die jedem anderen, nicht beherrschendem Unternehmen ebenso möglich ist; entscheidend und ausreichend für die Annahme der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in diesem Falle ist allein die mit dem Verhalten verbundene schädliche Wirkung für den Verbraucher. Diese kann sich aber nur dann einstellen, wenn die Einschränkungsmaßnahme von einem Unternehmen ausgeht, das über eine entsprechende Marktposition verfügt.

---

189) Vgl. Hefermehl, Generalbericht, S. 26.

190) Letzteres räumt auch Hefermehl ein, obwohl er sich im übrigen gegen diese Argumentationsweise ausspricht (Unternehmenszusammenschlüsse, a. a. O., S. 72 f.); wie hier Schlieder, Referat, S. 222.

191) Vgl. dazu Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a. a. O., S. 343 und oben S. 204.

192) Vgl. dazu oben S. 187.

193) Vgl. dazu auch Schlieder, Referat, S. 222.

(4) Ist es somit ausreichend für den Begriff der Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, daß die schädliche Wirkung eines bestimmten Verhaltens kausal auf die beherrschende Stellung zurückzuführen ist, so fragt es sich, ob diese Wirkung nicht wenigstens, wie es die Wortfassung in Art. 86 nahelegt, mit dem Verhalten bezweckt sein muß. [194]

Eine solche Auslegung des Begriffs "Ausnutzung" i.S. eines finalen, auf die Schädigung des Verbrauchers oder andere Marktteilnehmer gerichteten Einsatzes der beherrschenden Stellung erscheint jedoch zu eng und darüberhinaus auch wirklichkeitsfremd. Ein Unternehmer, der, um noch einmal das obengenannte Beispiel zu gebrauchen, seine Produktion einschränkt, bezweckt in der Regel nicht die Schädigung der Verbraucher. Ihm geht es in erster Linie darum, mit dieser Maßnahme seinen Gewinn zu erhöhen. Den Schaden, der dadurch dem Verbraucher entsteht, nimmt er dabei bestenfalls in Kauf. Wollte man die Anwendung von Art. 86 auf Fälle des finalen Einsatzes der beherrschenden Stellung beschränken, so würde diese Vorschrift ihre praktische Bedeutung weitgehend verlieren. [195]

Eine solche Auslegung wäre überdies unvereinbar mit der eingangs für Art. 86 zugrunde gelegten Mißbrauchsdefinition [196], wonach es für die Beurteilung eines Mißbrauchs nicht darauf ankommt, ob dem betreffenden Unternehmen ein subjektiver Vorwurf aus seinem Verhalten zu machen ist, sondern allein darauf, ob sich die betreffende Maßnahme als ein objektives Fehlverhalten darstellt. [197] Mit der Forderung, die nachteilige Wirkung eines bestimmten Verhaltens müsse mit diesem bezweckt werden, würde aber nachträglich wieder ein Element subjektiver Vorwerfbarkeit in den Mißbrauchsbegriff eingeführt werden. Dies kann nicht den Sinn des Begriffs "Ausnutzung" im Wortlaut von Art. 86 sein. Soll der objektive Charakter des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 seine Bedeutung behalten, so kann unter Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Art. 86, wie oben ausgeführt, nur die ursächliche Verknüpfung der nachteiligen Wirkung eines bestimmten Verhaltens mit der beherrschenden Stellung zu verstehen sein. [198]

---

194) Vgl. dazu Hefermehl, Generalbericht, S. 26.

195) Vgl. dazu auch Schlieder, Referat, S. 224.

196) Vgl. oben S. 187.

197) A.a.O.; vgl. dazu auch Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 341.

198) Dies schließt indessen nicht aus, daß das beherrschende Unternehmen, um nach Art. 86 verurteilt werden zu können, wenigstens die Umstände kennen muß, aus denen sich der Verstoß ergibt. Dieses subjektive Mindesterfordernis, auch bei Verwendung eines objektiven Mißbrauchsbegriffs, findet seine weitgehende Entsprechung im "element of deliberateness" wie es die amerikanische Rechtsprechung unter dem Einfluß der structure theory für Sec. 2 Sherman Act entwickelte, vgl. oben S. 79.

(5) Erscheint es daher gerechtfertigt, ein bestimmtes Verhalten eines beherrschenden Unternehmens allein wegen seiner wettbewerbsbeschränkenden und ursächlich auf die beherrschende Stellung zurückzuführenden Wirkung als eine mißbräuchliche Ausnutzung dieser beherrschenden Stellung anzusehen, so ist es nur noch ein kleiner Schritt, auch einen einverständlichen, friedlichen Zusammenschluß, an dem ein beherrschendes Unternehmen beteiligt ist und der eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung notwendig zur Folge hat, als mißbräuchlich i.S. von Art. 86 zu bezeichnen.

Gegen den Einwand, Art. 86 erfasse grundsätzlich nur das Verhalten beherrschender Unternehmen auf dem Markt, nicht aber unternehmensinterne Vorgänge wie Unternehmenszusammenschlüsse, läßt sich in Übereinstimmung mit dem Memorandum der EWG-Kommission [199] wiederum Art. 86 lit. b anführen, wo ebenfalls interne Vorgänge zum Gegenstand eines Mißbrauchsvorwurfs gemacht werden.

Der gegen diese Argumentationsweise vorgebrachte Hinweis von Hefermehl [200], die in Art. 86 lit. b angeführten internen Maßnahmen hätten zumindest Auswirkungen auf die Marktverhältnisse und seien daher zum Marktverhalten zu zählen, reicht u.E. nicht aus, Zusammenschlußvorgänge ganz aus dem Anwendungsbereich von Art. 86 auszuklammern. Denn auch Zusammenschlußvorgänge beeinflussen die Marktverhältnisse.

Das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen wettbewerbsbeschränkender Wirkung des Zusammenschlusses und beherrschender Stellung eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen ist ebenfalls erfüllt. Denn die Wirkung des Zusammenschlusses erschöpft sich nicht allein in der Ausschaltung des Wettbewerbs, der noch zwischen den sich zusammenschließenden Unternehmen bestanden haben mag. In einer Marktsituation, die durch die Existenz einer beherrschenden Stellung ohnehin schon unvollkommen ist, wirkt sich eine weitere Konzentration notwendig auch nachteilig auf die Wettbewerbslage insgesamt aus. [201] Diese Wirkung läßt sich aber kausal auf die schon durch das Bestehen einer beherrschenden Stellung gekennzeichnete Ausgangsposition, die vor dem Zusammenschluß bestanden hat, zurückführen.

bb) Ist aber Art. 86 grundsätzlich auch auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar, so bleibt zu untersuchen, nach welchem Maßstab die Mißbräuchlichkeit eines Zusammenschlusses zu messen ist.

---

199) A.a.O., S. 26 Nr. 25 und oben S. 193 f.; vgl. ferner Schlieder, Referat, S. 221.

200) Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 72 f. und oben S. 199.

201) Vgl. dazu unten S. 223 f.

(1) Nach der weiter oben [202] entwickelten Definition ist mißbräuchlich i. S. von Artikel 86 jedes Ausnutzen einer beherrschenden Stellung, das das Funktionieren der im Vertrag angestrebten Wettbewerbsordnung nicht unerheblich stört oder überhaupt unmöglich macht. Mestmäcker, Schlieder und Verloren von Themaat, so hatten wir ebenfalls gesehen [203], betrachten Art. 86 unter Hinweis auf Art. 3 lit. f und Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV zusammen mit Art. 85 als ein Instrument zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Demzufolge sehen sie, im einzelnen etwas voneinander abweichend, jeden Zusammenschluß als mißbräuchlich an, durch den die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ausgeschaltet wird.

(2) Die Frage ist jedoch, ob Art. 86, berücksichtigt man, daß eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen bereits eine beherrschende Stellung auf dem Markt haben muß, noch genügend Spielraum läßt für eine so weitgehende Auslegung. So geht Dabin [204] beispielsweise davon aus, daß mit Vorliegen einer beherrschenden Stellung der Wettbewerb bereits praktisch ausgeschaltet ist. Auch das Gutachten der von der EWG-Kommission eingesetzten Professorengruppe kommt zu dem Ergebnis, daß eine beherrschende Stellung dann anzunehmen ist, wenn ein oder mehrere Unternehmen mittels einer unabhängigen Strategie die Entscheidung anderer Wirtschaftsträger wesentlich beeinflussen können, so daß ein praktikabler und hinreichend wirksamer Wettbewerb auf diesem Markt nicht entstehen oder aufrechterhalten werden kann. [205] Schließlich führte auch unsere eigene Untersuchung [206] zu der Feststellung, daß eine beherrschende Stellung mit einer Marktposition gleichzusetzen ist, die keinem wesentlichen Wettbewerb mehr ausgesetzt ist.

Dies bedeutet indessen nicht, so hatten wir an anderer Stelle festgestellt [207], daß eine beherrschende Stellung als eine feststehende, absolute Größe mit uneingeschränktem Markteinfluß anzusehen ist. Vielmehr kann eine beherrschende Stellung in vielfachen Abstufungen vorkommen, je nachdem, in welchem Zusammenhang man sie sieht. So bedarf es zur Bestimmung der Preise, wie das Beispiel des oligopolistischen Preisführers kraft Marktmacht gezeigt hat [208], eines sehr viel geringeren Marktanteils wie beispielsweise zur Durchführung einer

---

202) Vgl. oben S. 189.
203) Vgl. oben S. 203 ff.
204) Bericht, S. 24.
205) Vgl. das Memorandum der Kommission, a. a. O., S. 22 Nr. 4.
206) Vgl. oben S. 174.
207) Vgl. oben S. 177 f. mit weiteren Nachweisen.
208) Vgl. oben S. 181 f.

wirksamen Liefersperre. Außerdem ist es für die Annahme einer beherrschenden Stellung nicht notwendig, daß wesentlicher Wettbewerb hinsichtlich aller Aktionsparameter ausgeschaltet ist; es genügt, daß die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bezüglich des Aktionsparameters beschränkt ist, der mißbräuchlich eingesetzt werden soll; im übrigen kann durchaus noch wirksamer Wettbewerb bestehen. [209]

(3) Daraus folgt, daß der Vorschlag von Mestmäcker, Schlieder und Verloren van Themaat, jeden Zusammenschluß als mißbräuchlich anzusehen, durch den die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ausgeschaltet wird, zumindest der Differenzierung bedarf.

(a) Zwar erkennen auch diese Autoren grundsätzlich an, daß mit Art. 86 nur Zusammenschlüsse erfaßt werden können, bei denen eines der beteiligten Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Markt inne hat. [210] Indem sie jedoch generell fordern, daß jeder Zusammenschluß mißbräuchlich sein soll, der zur Ausschaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs führt, höhlen sie praktisch den Begriff der beherrschenden Stellung in Art. 86 aus. Da dieser Begriff nach der hier vertretenen Auffassung nun einmal voraussetzt, daß wenigstens partiell ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bereits ausgeschaltet ist, würde die vorgeschlagene Auslegung des Mißbrauchsbegriffs dazu führen, daß nicht nur die Verstärkung, sondern auch schon die Schaffung einer beherrschenden Stellung unter das Mißbrauchsverbot fallen würde. [211]

Die Sinnentleerung des Begriffs "beherrschende Stellung" wird besonders deutlich in der Argumentation von Verloren van Themaat, wenn dieser den Nachweis des Vorhandenseins einer beherrschenden Stellung schon durch die Tatsache erbracht sieht, daß durch einen Zusammenschluß die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigt wird. [212] Zwar ist es, dies ist Verloren van Themaat zuzugeben, zulässig, von dem auf dem Markt eingesetzten mißbräuchlichen Kampfmittel auf die es ermöglichende Marktmacht zurückzuschließen; [213] die Besonderheit im Falle eines einverständlichen Zusammenschlusses liegt aber gerade darin, daß kein solches, die vorhandene Marktmacht offenlegendes Kampfmittel einge-

---

209) Vgl. oben S. 181 und S. 185.

210) Vgl. oben S. 207.

211) Hier zeigt sich, daß die Autoren mit Art. 86 gerne den Effekt erzielen möchten, den zu erreichen mit Sec. 2 Sherman Act aufgrund des sehr viel weiter reichenden monopolizing - Begriffs möglich ist.

212) Vgl. oben S. 207.

213) Vgl. dazu oben S. 178 f.

setzt wird. Die Mißbrauchshandlung ist in diesem Fall ein völlig wertneutraler Vorgang, der keinerlei Rückschlüsse zuläßt auf die Marktposition der an dem Vorgang beteiligten Unternehmen. In Wirklichkeit wird in den von Verloren van Themaat angesprochenen Fällen die beherrschende Stellung erst durch den Zusammenschluß erreicht. Auch wenn man grundsätzlich anerkennt, daß Art. 86 auf friedliche Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar ist, so kann dies doch nicht dazu führen, daß ganz auf die gesonderte Prüfung des Tatbestandsmerkmals "beherrschende Stellung" verzichtet wird.

So richtig es erscheint, Art. 3 lit. f und Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV zur Wertausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 86 heranzuziehen, so wenig ist es gerechtfertigt, über den Wortlaut in Art. 86, soweit er eindeutig ist, hinwegzugehen. Mit Art. 86 erkennt aber der EWG-Vertrag an, daß die mit ihm angestrebte Wettbewerbsordnung am Vorhandensein beherrschender Positionen, d.h. am wenigstens partiellen Fehlen wesentlichen Wettbewerbs auf den einzelnen Märkten, grundsätzlich keinen Anstoß nimmt. Hieran muß jeder Versuch einer Auslegung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 orientiert bleiben. [214] Insoweit ist Hefermehl Recht zu geben, wenn er betont, daß die Wortfassung von Art. 86 Ausdruck einer bestimmten rechtspolitischen Entscheidung ist. [215] Insoweit zeigt sich auch, daß Art. 86 in seiner Anwendbarkeit auf Unternehmenszusammenschlüsse hinter Sec. 2 Sherman Act zurückbleiben muß.

(b) Andererseits ist der Formel, jeder Zusammenschluß sei mißbräuchlich, durch den die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ausgeschaltet wird, dann zuzustimmen, wenn darunter die Verringerung bzw. Ausschaltung des "Restwettbewerbs", dem eine bereits existente beherrschende Stellung noch ausgesetzt sein kann, zu verstehen ist. [216] Da eine beherrschende Stellung, wie wir gesehen haben, in vielfachen Abstufungen und nur auf einzelne Aktionsparameter beschränkt vorkommen kann, kann dieser "Restwettbewerb" im Einzelfall noch ganz erheblich sein.

Für diesen Bereich gewinnt der in Art. 3 lit. f und Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV zum Ausdruck kommende Gedanke, daß auf dem Gemeinsamen Markt wenigstens ein Mindestmaß von Wettbewerb erhalten bleiben soll, in der Tat besondere

---

214) Dies erweist die Richtigkeit unserer eingangs aufgestellten Mißbrauchsdefinition, wonach jedes Ausnutzen einer beherrschenden Stellung, das das Funktionieren der im Vertrag angestrebten Wettbewerbsordnung nicht unerheblich stört oder überhaupt unmöglich macht, mißbräuchlich ist.

215) Vgl. Hefermehl, Generalbericht, S. 27.

216) Vgl. dazu schon oben S. 175.

Bedeutung. Zwar findet sich der Vertrag, wie aus Art. 86 EWGV hervorgeht, mit der Existenz beherrschender Stellungen und damit unvollkommener Märkte ab. Aus dem Vertrage und insbesondere aus Art. 86 läßt sich aber nicht zwingend herleiten, daß damit auch jeder weitere Ausbau der beherrschenden Stellungen auf dem Zusammenschlußwege bis hin zur völligen Ausschaltung des Wettbewerbs zulässig sein soll. [217]

(c) Vielmehr erscheint es durchaus vertretbar, dem grundsätzlichen Bekenntnis im EWG-Vertrag zu einer Wettbewerbsordnung Rechnung tragend jede weitere Verstärkung einer beherrschenden Stellung durch Zusammenschlüsse als mißbräuchlich i.S. von Art. 86 anzusehen. Schließlich ist es u.a. ein wettbewerbspolitisches Ziel einer jeden Mißbrauchskontrolle, wenigstens auf lange Sicht, monopolistische Positionen abzubauen bzw. nicht weiter anwachsen zu lassen. [218] Gerade wenn man, wie hier geschehen, davon ausgeht, daß eine beherrschende Stellung keine uneingeschränkte, absolute Größe ist, sondern in vielen, noch wenig stabilen Marktkonstellationen vorkommen kann - man denke nur an den Fall des oligopolistischen Preisführers kraft Marktmacht -, besteht eine große Wahrscheinlichkeit, daß diese Position durch die Dynamik der Marktentwicklung und mit Hilfe der verbliebenen und insbesondere der potentiellen Wettbewerber eine Korrektur erfährt und damit nur eine vorübergehende Erscheinung bleibt. Eine solche Rückentwicklung ist jedoch weit weniger wahrscheinlich, wenn die zunächst noch labile beherrschende Stellung erst einmal durch monopolistische Praktiken und insbesondere durch Zusammenschlüsse weiter ausgebaut und konsolidiert ist. Hier zeigen insbesondere die amerikanischen Erfahrungen, daß Unternehmen, die eine gefestigte Machtposition auf dem Markt erreicht haben, diese Stellung meist sehr erfolgreich zu verteidigen und insbesondere das Fußfassen neuer Wettbewerber auf dem Markt zu verhindern in der Lage sind. [219] So gesehen kommt es darauf an, alle noch bestehenden Wettbewerbselemente auf den bereits unvollkommenen Märkten zu unterstützen und zu erhalten. Schon ein Zusammenschluß, durch den nur in relativ geringer Wettbewerb ausgeschaltet wird, kann zu einer erheblichen Verschlechterung und Verhärtung der Marktverhältnisse führen und damit mißbräuchlich sein. [220]

---

217) Insoweit kann der gegenteiligen Auffassung insbes. von Hefermehl, v. Ommeslaghe und Dabin (vgl. oben S. 198) nicht gefolgt werden.

218) Vgl. dazu auch Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 336.

219) Vgl. dazu insbes. den Alcoa- und den USM-Fall, oben S. 41 ff. und S. 47 ff.

220) Vgl. dazu die parallelen Erwägungen bei der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Sec. 7 Clayton Act oben S. 147 ff.

(d) Diese Überlegungen finden noch zu wenig Berücksichtigung im Memorandum der EWG-Kommission, wenn dort vorgeschlagen wird, nur solche Zusammenschlüsse als mißbräuchlich anzusehen, durch die der Wettbewerb völlig ausgeschlossen wird. [221] Abgesehen davon, daß dieser Fall auf dem Gemeinsamen Markt kaum praktisch werden dürfte, könnte mit einer solchen Anwendungsweise von Art. 86 einer Stagnation der Wettbewerbsverhältnisse kaum wirksam begegnet werden.

d) Zusammenfassend kann zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 86 auf einverständliche Unternehmenszusammenschlüsse bisher folgendes gesagt werden:

aa) Mit Art. 86 können auch solche Verhaltensweisen beherrschender Unternehmen erfaßt werden, deren Mißbräuchlichkeit allein in der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung zu suchen ist. Damit ist Art. 86 grundsätzlich auch als ein Instrument der Fusionskontrolle zu gebrauchen.

bb) Allerdings bleibt Art. 86 insoweit in seiner Anwendbarkeit auf solche Zusammenschlüsse beschränkt, die - dies ergibt sich aus der Tatbestandsvoraussetzung der Ausnutzung einer beherrschenden Stellung - auf einem bereits unvollkommenen Markt vollzogen werden, auf dem schon eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen wenigstens partiell keinem wesentlichen Wettbewerb mehr ausgesetzt ist.

cc) Als mißbräuchlich ist in dieser Situation jeder Zusammenschluß anzusehen, der eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung notwendig zur Folge hat, d.h. durch den die beherrschende Stellung eines der am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen unmittelbar weiter verstärkt und dadurch die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt insgesamt weiter verschlechtert werden.

dd) Das mit dem Begriff der "Ausnutzung" einer beherrschenden Stellung umschriebene Tatbestandserfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen wettbewerbsbeschränkender Wirkung und beherrschender Stellung ist in diesen Fällen schon durch die Tatsache als erfüllt anzusehen, daß die wettbewerbsbeschränkende Wirkung gerade in der Verstärkung der beherrschenden Stellung zum Ausdruck kommt.

e) aa) Den vorausgegangenen Betrachtungen wurde stillschweigend der Fall des horizontalen Zusammenschlusses zugrunde gelegt. Auf Zusammenschlußvorgänge dieser Art trifft es zu, daß sich durch Ausschluß einer oder mehrerer selbständiger Unternehmenseinheiten vom Markt notwendig und unmittelbar eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung einstellt und dadurch gleichzeitig die Wahlmöglichkeit der Marktgegenseite weiter eingeengt wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn

221) Vgl. oben S. 193 und S. 206.

ein beherrschendes Einzelunternehmen sich mit einem der wenigen, noch auf dem Markt befindlichen Wettbewerber zusammenschließt. Dies ist auch der Fall, wenn sich eine Gruppe von Unternehmen, die insgesamt eine beherrschende Stellung auf dem Markt einnehmen, sich untereinander weiter zusammenschließen. Denn dadurch wird die auch im beherrschenden Oligopol noch vorhandene Rivalität ausgeschaltet und die dominierende Position der Gruppe weiter zementiert. [222] Schließlich ist der Fall denkbar, daß ein Oligopolunternehmen, das einer beherrschenden Gruppe angehört, sich mit einem der wenigen, noch außerhalb der Gruppe stehenden Unternehmen zusammenschließt und damit sowohl seine eigene Stellung innerhalb der Gruppe als auch die der Gruppe insgesamt festigt. [223] Auch hier läßt sich die wettbewerbsbeschränkende Wirkung des Zusammenschlusses auf dem Markt zurückführen auf die beherrschende Stellung, die die Oligopolgruppe insgesamt auf diesem Markt schon innehat.

bb) Die Frage ist, ob Art. 86 auch auf vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse anwendbar ist. Grundsätzlich, so hatten wir weiter oben gesehen, ist mit Art. 86 auch das Verhalten beherrschender Unternehmen auf Drittmärkten zu erfassen. [224] Die Anwendbarkeit von Art. 86 auf vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse wird daher entscheidend davon abhängen, ob auch diese Zusammenschlußformen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung notwendig und unmittelbar zur Folge haben.

(1) Durch einen vertikalen Zusammenschluß bleibt zunächst die Marktposition der beteiligten Unternehmen auf beiden Marktstufen unverändert. Durch den Zusammenschlußvorgang selbst wird unmittelbar kein Wettbewerb ausgeschaltet. Charakteristisch für die wettbewerbsbeschränkende Wirkung vertikaler Integrationsfälle ist vielmehr, dies hat die Betrachtung der einschlägigen amerikanischen Entscheidungen besonders deutlich gemacht, der sog. Marktverschließungseffekt. [225] Er zeigt sich darin, daß die am Zusammenschluß beteiligten, im Verhältnis von Zulieferer und Abnehmer zueinander stehenden Unternehmen im Bestreben, für ihren diesbezüglichen Bedarf die durch den Zusammenschluß eröffneten internen Beziehungen dienstbar zu machen, andere Zulieferer und Ab-

---

222) Vgl. dazu auch Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 348.

223) Vgl. dazu die ähnlichen Überlegungen bei Levi, Turner und Neale in ihren Vorschlägen zur Anwendung von Sec. 2 Sherman Act auf Konzentrationsvorgänge im Oligopol, oben S. 85, die von der Rechtsprechung allerdings bisher nicht aufgegriffen wurden.

224) Vgl. oben S. 191.

225) Vgl. oben S. 152 ff.; vgl. ferner auch Mestmäcker, Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 349 ff.

nehmer aus ihren alten Positionen verdrängen bzw. neuen den Zugang zu diesem Geschäftsverkehr versperren und darüberhinaus durch Strategien der sog. "supply squeeze" und "price squeeze" erhebliche Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen können. [226] Daraus geht schon hervor, daß es sich bei den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vertikaler Zusammenschlußfälle nicht um unmittelbare und notwendige Folgen des Zusammenschlußvorganges handelt, sondern um Wirkungen, die erst durch ein weiteres Tätigwerden des integrierten Unternehmens ausgelöst werden. Zwar spricht vieles dafür, daß die durch den Zusammenschluß eröffneten Möglichkeiten zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten von dem integrierten Unternehmen auch tatsächlich genutzt werden; sicher ist dies indessen nicht. [227] Mittelbare, nur mit Wahrscheinlichkeit eintretende wettbewerbsbeschränkende Wirkungen können aber schlechterdings nicht zum Gegenstand eines Mißbrauchsvorwurfs gemacht werden. Insoweit bleibt keine andere Wahl, als abzuwarten bis von der Möglichkeit zu mißbräuchlichem Verhalten tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Die dann einsetzende Verbotssanktion des Art. 86 richtet sich dann allerdings nur gegen das Marktverhalten, nicht gegen den dieses Verhalten ermöglichenden Zusammenschluß. [228]

---

226) Vgl. dazu oben S. 153.

227) Die beiden von Mestmäcker, a.a.O., S. 350 f., angeführten Beispiele einer notwendigen wettbewerbsbeschränkenden Wirkung auch im Falle der vertikalen Integration - automatischer Ausschluß vom Geschäftsverkehr in Zeiten der Hochkonjunktur und notwendige Preissteigerung infolge Verknappung - setzen jeweils extreme Marktverhältnisse voraus, die angesichts der Größenverhältnisse des Gemeinsamen Markts kaum in dieser Form praktisch werden dürften.

228) In diesem Zusammenhang liegt es nahe, auch gegen die Anwendung von Art. 86 auf horizontale Zusammenschlüsse einzuwenden, daß es auch insoweit höchst ungewiß sei, welchen Gebrauch das aus dem Zusammenschluß hervorgegangene Unternehmen von dem ihm zugewachsenen Machtpotential machen werde (so insbes. Hefermehl, oben S. 198). Dabei wird aber übersehen, daß das entscheidende Kriterium bei der Beurteilung horizontaler Zusammenschlüsse nicht das spätere Marktverhalten ist, sondern die wettbewerbsbeschränkende Wirkung, die mit dem Zusammenschlußvorgang unmittelbar verbunden ist. Die hohe Wahrscheinlichkeit eines sich aus dem Zusammenschluß ergebenden späteren mißbräuchlichen Marktverhaltens kann im Rahmen der Mißbrauchskontrolle allenfalls als zusätzliche Erwägung bei der Beurteilung der Verbotswidrigkeit des Zusammenschlusses herangezogen werden (vgl. dazu die ähnlichen Erwägungen in der Lexington Bank-Entscheidung oben S. 67).

Hier zeigt sich wiederum eine der Grenzen, die der Verwendung einer Mißbrauchsvorschrift zu Zwecken der Fusionskontrolle gesetzt sind. [229] Dies gilt für Art. 86 ebenso wie für Sec. 2 Sherman Act. Um einen Zusammenschluß auch wegen seiner mittelbaren, nur mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen verbieten zu können, bedarf es eben einer anderen rechtlichen Normierung, in der auch die zukünftigen Auswirkungen eines Konzentrationsvorgangs bereits tatbestandlich Berücksichtigung finden. Dies zeigt die Regelung des Montanunion-Vertrags und dies macht insbesondere Sec. 7 Clayton Act deutlich.

(2) Aus den gleichen Gründen erscheint es daher auch kaum möglich, mit Art. 86 konglomerate Zusammenschlußfälle erfassen zu können. Auch insoweit wird nur ein Unternehmen durch ein anderes ersetzt, also direkt kein Wettbewerb ausgeschaltet. Auch insoweit sind die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, wie die einschlägige Rechtsprechung zu Sec. 7 Clayton Act gezeigt hat, weitgehend mittelbarer Natur. Dies gilt für den Fall, daß ein beherrschendes Unternehmen ein anderes auf einem vergleichsweise sehr viel kleineren Drittmarkt erwirbt und nun infolge der großen finanziellen Reserven, über die es verfügt und die es jederzeit auf dem Drittmarkt zugunsten des erworbenen Unternehmens einsetzen kann, die Gefahr besteht, daß das erwerbende Unternehmen seine beherrschende Stellung von dem einen auf den anderen Markt ausdehnt (deep pocket theory). [230] Dies trifft ebenso zu für die sich in bestimmten Konstellationen konglomerater Konzentration einstellende Gefahr des "reciprocal buying". [231] Und dies dürfte schließlich auch für den Fall gelten, daß durch einen konglomeraten Zusammenschluß der Zugang zum Markt des erworbenen Unternehmens erschwert wird. [232] Denn die Kriterien, mit denen der potentielle Wettbewerb gemessen werden kann, sind nicht so exakt, als daß sich die mit dem Zusammenschluß eintretende Wirkung auf diesen Wettbewerb mit der für Art. 86 notwendigen Bestimmtheit erfassen ließe.

(3) Was die Erfassung der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen durch Art. 86 angeht, so ist zu unterscheiden: Soweit es dabei um die Zusammenlegung bereits bestehender Wirtschaftseinheiten geht, ist die allgemeine Problematik der Fusion,

---

229) Dies verkennt Verloren van Themaat, wenn er schon solche Zusammenschlüsse als mißbräuchlich ansieht, die erst die Möglichkeit zur Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs eröffnen, vgl. oben S. 206 f.

230) Vgl. dazu oben S. 156.

231) Vgl. dazu oben S. 157 f.

232) Vgl. dazu oben S. 155 f.

genauer der Teilfusion, angesprochen, d.h. ein Gemeinschaftsunternehmen horizontaler Prägung, an dem ein Unternehmen in beherrschender Stellung beteiligt ist, bzw. bei dem die beteiligten Unternehmen zusammen eine beherrschende Stellung innehaben, kann infolge der notwendig damit verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen unter das Mißbrauchsverbot des Art. 86 fallen. Soweit es sich jedoch bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens um die Schaffung neuer Wirtschaftseinheiten handelt, ist dies ausgeschlossen. Die insoweit zu erwartenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, wie Ausschluß oder Einschränkung potentiellen Wettbewerbs oder Auswirkungen des sog. Gruppeneffekts [233], sind wiederum zu wenig faßbar, als daß sie zum Gegenstand eines konkreten Mißbrauchsvorwurfs gemacht werden könnten.

Insgesamt läßt sich daher feststellen, daß vertikale und konglomerate Zusammenschlußfälle sowie die Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen wegen der damit verbundenen mittelbaren und nur mit Wahrscheinlichkeit zu bestimmenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen nicht mit Art. 86 erfaßt werden können.

cc) Die Frage ist, ob diese grundsätzliche Unanwendbarkeit von Art. 86 auf andere als horizontale Zusammenschlüsse nicht dadurch eine Einschränkung erfahren kann, daß, wie dies Mestmäcker [234] vorgeschlagen hat, in Anlehnung an Art. 66 § 2 EGKSV wenigstens solche Zusammenschlüsse als mißbräuchlich anzusehen sind, durch die sich die zusammengeschlossenen Unternehmen der Anwendung der Wettbewerbsregeln entziehen. Zu denken wäre dabei an gewisse Marktverschließungswirkungen im Falle vertikaler Zusammenschlüsse und an die sog. "reciprocity"-Käufe im Falle der konglomeraten Konzentration. Insoweit könnten sich als Folge des Zusammenschlusses in der Tat wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ergeben, die im Zeitpunkt ihres Eintretens mit den Mitteln der Art. 85 und 86 EWGV nicht mehr oder zumindest nur schwer zu unterbinden sind. Die Parallele zu den Fällen des Rechtsformenmißbrauchs [235] ist insoweit nicht zu übersehen. Anders als in jenen Fällen steht aber in den von Mestmäcker angesprochenen Fallkonstellationen gerade nicht fest, ob die zusammengeschlossenen Unternehmen die Gelegenheit zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ergreifen werden. Die bloße Möglichkeit, daß dies geschehen könnte, reicht indessen nicht aus, so haben wir bereits mehrfach betont, schon den Zusammenschluß selbst als mißbräuchlich i.S. von Art. 86 anzusehen. Damit steht fest, daß auch dieser Gesichtspunkt nicht geeignet ist, den Anwendungsbereich von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse zu erweitern.

---

233) Vgl. dazu den Penn - Olin - Fall oben S. 139 ff.

234) Unternehmenszusammenschlüsse, a.a.O., S. 349 und 353 f.

235) Vgl. dazu Steindorff oben S. 202 f.

III. Zusammenfassung und Ausblick:

Als Ergebnis dieser Untersuchung zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 86 EWGV auf Unternehmenszusammenschlüsse läßt sich somit folgendes feststellen:

1. Art. 86 ist in beschränktem Maße auch auf Unternehmenszusammenschlüsse anwendbar.

2. Der Umfang dieser Anwendbarkeit und damit die Effektivität dieser Vorschrift als Instrument der Konzentrationskontrolle hängt davon ab, wie weit man bei der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 zu gehen bereit ist.

3. Betrachtet man, wie dies insbesondere der Wortlaut von Art. 86 nahelegt, es als ausschließliche Aufgabe, auf ein faires, an Wettbewerbsmaßstäben orientiertes Marktverhalten der beherrschenden Unternehmen hinzuwirken und direkte Übergriffe in die verbliebene Wahl- und Wettbewerbsfreiheit anderer Marktteilnehmer zu unterbinden, dann ist es nur möglich, solche Zusammenschlüsse zu erfassen, die wegen der Begleitumstände, unter denen sie zustandekamen, oder wegen des damit verfolgten Zwecks als mißbräuchlich erscheinen. Beispiele dafür sind die Fälle des Konzentrationszwangs, des Rechtsformenmißbrauchs und der mißbrauchsgezielten Zusammenschlüsse. Dabei kann nicht übersehen werden, daß die Erfassung insbesondere der beiden letzten Fallgruppen mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden ist. Überhaupt nicht berücksichtigt wird bei dieser Auslegung von Art. 86 die überwiegende Zahl der gewöhnlichen Zusammenschlußfälle, die einverständlich und ohne "mißbräuchliche" Zweckgerichtetheit vollzogen werden.

Wie wenig sich bei einer solchen Auslegung des Mißbrauchstatbestandes gegen unerwünschte Konzentrationsvorgänge ausrichten läßt, wird am amerikanischen Beispiel deutlich: Sec. 2 Sherman Act blieb, solange sie unter dem Einfluß der sog. abuse theory überwiegend als ein Instrument reiner Verhaltenskontrolle verstanden wurde, gegenüber den großen Konzentrationsbewegungen, die maßgeblich zu der gegenwärtigen oligopolistischen Struktur der amerikanischen Wirtschaft beigetragen haben, weitgehend wirkungslos. Insoweit hat sich auch gezeigt, daß es unrealistisch ist anzunehmen, mit einer reinen Verhaltenskontrolle könne man, jedenfalls auf lange Sicht, auch den Abbau beherrschender Stellungen bzw. die Verhinderung von deren Entstehen erreichen.

4. Ist man bereit, bei der Auslegung des Mißbrauchsbegriffs in Art. 86 einen Schritt weiter zu gehen und, wie dies die zu Sec. 2 Sherman Act entwickelte structure theory nahelegt, anzuerkennen, daß Verhaltensweisen beherrschender Unternehmen schon wegen ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung als miß-

bräuchlich angesehen werden können, so erweitert sich die Einwirkungsmöglichkeit von Art. 86 auf Unternehmenszusammenschlüsse um ein beträchtliches. Auf diese Weise könnten alle Zusammenschlüsse erfaßt werden, die von einem oder mehreren beherrschenden, d.h. wenigstens partiell keinem wesentlichen Wettbewerb mehr ausgesetzten Unternehmen ausgehen und die eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung notwendig zur Folge haben, d.h. durch die die beherrschende Stellung unmittelbar weiter verstärkt und dadurch die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt insgesamt weiter verschlechtert werden.

Unberücksichtigt bleiben indessen auch bei dieser Auslegung solche Zusammenschlüsse, durch die beherrschende Stellungen erst errichtet werden. Insoweit muß Art. 86 aufgrund seiner engeren Wortfassung in seiner Reichweite notwendig hinter Sec. 2 Sherman Act zurückbleiben. Grundsätzlich unberücksichtigt bleiben schließlich wegen der nur mittelbaren Wirkungen auf den Wettbewerb auch alle Zusammenschlüsse vertikaler und konglomerater Art sowie die Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen.

5. Daraus ergibt sich, daß auch bei weitester und insoweit keinesfalls unproblematischer Auslegung von Art. 86 nur ein relativ kleiner Teil der wettbewerbsrechtlich relevanten Unternehmenszusammenschlüsse erfaßt werden kann. Immerhin dürften damit wenigstens solche Zusammenschlüsse unterbunden werden können, die in ihrer Wirkung die Aufrechterhaltung einer Wettbewerbsordnung auf den betreffenden Märkten überhaupt in Frage stellen. Insofern kommt Art. 86 auch als Kontrollinstrument gegenüber Konzentrationserscheinungen echte Bedeutung zu. Solange keine andere, umfassendere Norm zur Kontrolle der Unternehmenskonzentration zur Verfügung steht, erscheint es daher schon im Interesse des mit dem EWG-Vertrag angestrebten Systems des unverfälschten Wettbewerbs unbedingt empfehlenswert, die mit Art. 86 EWGV gegebene Möglichkeit der Einflußnahme so weit zu nutzen, wie dies eben noch vertretbar ist.

6. Auf die Dauer ist indessen die Schaffung einer besonderen, speziell auf die Erfordernisse einer sachgerechten Konzentrationskontrolle zugeschnittenen Norm unumgänglich.

a) Einmal ist Art. 86, wie sich gezeigt hat, auch bei weitester Auslegung in seiner Reichweite äußerst begrenzt und lückenhaft. Wettbewerbspolitisch besonders unbefriedigend ist insoweit, daß mit Art. 86 die Entstehung beherrschender Stellungen und damit die mindestens partielle Ausschaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten nicht verhindert werden kann. Die Tatsache, daß vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse mit Art. 86 nicht erfaßt werden können, wiegt demgegenüber, wenigstens im gegenwärtigen Stadium der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes, weniger schwer. Denn die wettbewerbsbeschrän-

kenden Wirkungen dieser Konzentrationsformen stellen sich in der Regel erst bei höherer horizontaler Konzentration der von ihnen betroffenen Märkte ein.

b) Zum anderen ist die Anwendung von Art. 86 als solche mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden. Man denke nur daran, wie schwer es ist, den Nachweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung zu führen. 236)

c) Darüberhinaus können im Rahmen einer Mißbrauchsregelung nur die unmittelbaren und notwendigen Konsequenzen eines Unternehmenszusammenschlusses Gegenstand des Vorwurfes sein. Für eine sachgerechte Beurteilung von Konzentrationsvorgängen, dies zeigen insbesondere die amerikanischen Erfahrungen auf diesem Gebiet 237), ist es aber erforderlich, auch die mittelbaren und nur mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen in die Überlegungen mit einzubeziehen. Nur so kann der Erkenntnis, daß die Marktstruktur innerhalb gewisser Grenzen das Marktverhalten determiniert, und daß daher solche Veränderungen der Marktstruktur zu verhindern sind, durch die wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen begünstigt werden, wirklich Rechnung getragen werden.

d) Schließlich ist eine Mißbrauchsvorschrift wie Art. 86 einer generalisierenden, sich auf wenige relevante Tatsachen beschränkenden Betrachtungsweise, wie sie sich in der Anwendungspraxis zu Sec. 7 Clayton Act herausgebildet hat, kaum zugänglich. Auch eine weitgehend objektivierte Mißbrauchsregelung macht weiterhin mehr oder weniger eingehende "von-Fall-zu-Fall"-Entscheidungen erforderlich. Angesichts der gegenwärtig noch herrschenden Unsicherheit in der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen, insbesondere soweit dies eine genügend sichere Vorhersage der von dem Zusammenschluß ausgehenden, künftig zu erwartenden Wirkungen auf den Wettbewerb betrifft, ist aber eine generalisierende Betrachtungsweise sowohl im Interesse der Effektivität einer solchen Kontrollregelung als auch im Interesse der Rechtssicherheit unumgänglich. Gerade insoweit erscheinen uns die im amerikanischen Recht der Unternehmenszusammenschlüsse angestellten Überlegungen besonders überzeu-

---

236) Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Feststellung von Günther, daß es in der 10jährigen Praxis des Bundeskartellamts kaum jemals gelungen ist, den Nachweis der Marktbeherrschung i. S. des insoweit vergleichbaren § 22 GWB zu führen (vgl. Günther in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 11 ff., 24).

237) Vgl. insoweit die Überlegungen, die zur Ablösung des Sherman Act durch Sec. 7 Clayton Act als Instrument der Konzentrationskontrolle geführt haben, oben S. 63 f.

gend. [238]

7. a) Ein neu zu schaffendes rechtliches Instrument zur präventiven Konzentrationskontrolle müßte demnach inhaltlich weitgehend der in Sec. 7 Clayton Act getroffenen Regelung angenähert werden. Ergänzend könnten evtl. einzelne Beurteilungskriterien aus Art. 66 § 2 EGKSV übernommen werden.

b) Verfahrensmäßig erscheint es dagegen zweckmäßig, ein mit einer Meldepflicht für potentiell gefährliche Zusammenschlüsse kombiniertes Widerspruchsverfahren einzuführen. [239] Dies hätte gegenüber der in Sec. 7 Clayton Act getroffenen Lösung den Vorteil, daß die Kommission stets über die Konzentrationsaktivität auf dem Gemeinsamen Markt informiert wäre und schwerpunktartig die Fälle aufgreifen könnte, die sie für besonders gefährlich erachtet. [240] Andererseits wäre eine solche Lösung weniger schwerfällig und belastend für den Verwaltungsapparat als das in Art. 66 EGKSV vorgesehene allgemeine Genehmigungsverfahren. Die angemeldeten Zusammenschlüsse würden automatisch wirksam, wenn die Kommission nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht.

c) Zur Erleichterung der Beweisführung wäre an die Aufstellung bestimmter Kriterien zu denken, die, wenn sie durch einen Zusammenschluß erfüllt werden, die Vermutung begründen, daß dieser den Wettbewerb wesentlich zu beeinträchtigen geeignet ist. [241] Es läge dann bei den am Zusammenschluß beteiligten Unternehmen, nachzuweisen, daß dies tatsächlich nicht der Fall ist bzw. daß die zu erwartende Wettbewerbsbeschränkung durch auf andere Weise nicht zu errei-

---

238) Vgl. dazu oben S. 143 ff.; vgl. ferner Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959, S. 45 ff. und insbes. S. 62 ff. und Machlup, Oligopol und Freiheit, Ordo XVIII, 1967, S. 35 ff., 60.

239) Inzwischen plant die Kommission die Einführung einer Meldepflicht für Großfusionen bereits auf der Grundlage derzeit geltenden Rechts nach Art. 86, 87 EWGV, vgl. dazu FAZ v. 19.3.1969, S. 13 sowie die diesbezüglichen Vorschläge von Fikentscher und Verloren van Themaat, oben S. 208 ff.

240) Interessanterweise hat sich neuerdings auch die Federal Trade Commission zur Einführung einer Meldepflicht für Großfusionen entschlossen, vgl. dazu FAZ vom 14.4.1969, S. 13. Damit erhält auch Sec. 7 Clayton Act die hier vorgeschlagene Ergänzung.

241) Anhaltspunkte für die Formulierung solcher Vermutungstatbestände könnten die in der Rechtsprechung zu Sec. 7 Clayton Act für die einzelnen Konzentrationsformen entwickelten und in den "merger guidelines" des amerikanischen Justizministeriums niedergelegten Kriterien liefern, vgl. dazu oben S. 147 ff.

chende Rationalisierungsvorteile wieder aufgewogen wird. [242] [243]

8. Auch wenn es zutrifft, daß auf dem Gemeinsamen Markt vielfach noch nicht die Unternehmensgrößen erreicht sind, die dieser Markt erfordert, so spricht dies doch nicht gegen eine möglichst umgehende Einführung einer Konzentrationskontrolle. Wettbewerbspolitisch gesehen wäre es jedenfalls sicher falsch, mit einer solchen Maßnahme, wie dies gelegentlich vorgeschlagen wird [244], so lange zu warten, bis etwa die für die Vereinigten Staaten charakteristischen, vielfach überoptimalen Größenordnungen auch auf dem Gemeinsamen Markt erreicht sind. Es ist vielmehr gerade die Chance der Einführung einer europäischen Zusammenschlußkontrolle zum gegenwärtigen Zeitpunkt, die derzeitigen und künftigen Konzentrationsbestrebungen in Bahnen zu lenken, die wettbe-

---

242) Insoweit wird nicht der augenblicklich in der amerikanischen Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung gefolgt, daß, wenn ein Zusammenschluß bestimmte quantitative Voraussetzungen erfüllt, eine unwiderlegliche Vermutung der Verbotswidrigkeit besteht. Im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit sollte vielmehr die Möglichkeit offenbleiben, die Vermutungswirkung durch Erbringung des Gegenbeweises zu entkräften. Insoweit müßten allerdings Mittel und Wege gefunden werden, um zu verhindern, daß dies nicht wiederum zu einer unerträglichen Ausuferung des Verfahrens führt (vgl. dazu insbes. die "concurring opinion" von Justice Harlan im Procter & Gamble-Fall oben S. 133 ff. und WuW 1968, 440, 445 f.).

243) Vgl. zu dem im Rahmen dieser Arbeit notwendig nur andeutungsweise möglichen Vorschlag für die Neuordnung des europäischen Rechts der Unternehmenszusammenschlüsse auch Hellwig, Das Wettbewerbsrecht bei der Fusion der drei Verträge in: Beiträge zum EWG-Kartellrecht, 1967, S. 211 ff., 230 f.; Markert, Mitteilung in: Kooperation, Konzentrationen und Fusionen von Unternehmen in der EWG, R.M.C. Nr. 109, S. 254 ff. (1968); Günther, Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 11 ff., S. 25 f. sowie Gutzler, Zehn Jahre Kartellrecht in der EWG, ebenda, S. 181 ff., 202; Lenel, Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 489 ff., 516 f.; Verloren van Themaat, Bericht, S. 19 ff.. Vergl. ferner auch Art. 6 und 7 des englischen Monopolies and Mergers Act v. 5.8.1965 in: Guide de la Législation, a.a.O., Vol. III, 1964 - 65, Royaume - Uni, 1.1., S. 10 ff.

244) Vgl. etwa Harms, Conglomerate mergers im Antitrustrecht, WuW 1966, S. 865 ff., 867 Anm. 20 und Hermanns, Die antitrustrechtliche Beurteilung der Konzentration auf Grund der Section 7 Clayton Act in: Unternehmenskonzentration in der westlichen Welt, 1967, S. 67 ff., 94.

werblich optimal erscheinen, und eine Entwicklung zu vermeiden, wie sie für die amerikanische Wirtschaft kennzeichnend war, und die, wie unsere Untersuchung gezeigt hat, nur schwer wieder rückgängig zu machen ist.

Schließlich ließen sich auf diese Weise die zuweilen gefürchteten Unternehmensaufkäufe bestimmter Großunternehmen aus Drittstaaten auf dem Gemeinsamen Markt, die eines Tages eine Art importierter Konzentration zur Folge haben könnte, unter Kontrolle bringen. 245)

245) Vgl. dazu etwa Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränken in: Wettbewerb als Aufgabe, 1968, S. 5 ff., 22 und Mertens, Konzentration - ein Rezept für den europäischen Markt? Die Aussprache 1968, S. 10 ff., 13 f.; vgl. ferner de Jong, Concentration in the Common Market, 4 C.M.L. Rev. 1966 - 67, 166 ff., 178 f. und Scherer, Marktstruktur, Know - How für das Marketing und die technologische Lücke, Ordo XIX, 1968, S. 159 ff., 169 f.

LEBENSLAUF

Am 16. August 1936 wurde ich in Stuttgart als Sohn des Diplom-Kaufmanns Dr. rer. pol. Heinrich Michael und seiner Ehefrau Anna, geb. Grossmann, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte die Grundschule in Stuttgart, Laupheim/Ulm und Berlichingen/Jagst, und ab Herbst 1946 das Wilhelmsgymnasium in Stuttgart, wo ich im März 1955 die Reifeprüfung ablegte. Danach absolvierte ich eine 2 1/2-jährige kaufmännische Lehre in einem Industrieunternehmen in Esslingen/Neckar.

Im November 1957 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen. Im Wintersemester 1959/60 und Sommersemester 1960 studierte ich an der Freien Universität Berlin. Anschließend kehrte ich nach Tübingen zurück, wo ich im November 1963 die Erste juristische Staatsprüfung bestand.

Am 1. Januar 1964 trat ich in den Vorbereitungsdienst für die Zweite juristische Staatsprüfung. Letztere bestand ich im Juli 1968 in Stuttgart. Noch während der Referendarzeit, von Juli 1965 bis Juli 1966, studierte ich mit Unterstützung des Deutschen Akademischen Austauschdienstes amerikanisches Zivil- und Wirtschaftsrecht am Institute of Comparative Law der New York University, New York. Nach erfolgreich abgelegten Prüfungen erlangte ich mit einer rechtsvergleichenden Arbeit den akademischen Grad eines Master of Comparative Jurisprudence.